Der Begriff der „Uebergabe“ beim Kauf nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Günter vom Rath

Referendar

aus Köln/Rhein

Approbiert am 28. Juni 1938.

1938

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

Inhaltsangabe.

Literaturverzeichnis.

Bechmann: System des Kaufs nach Gemeinem Recht, 2. Abt., 1. Hälfte. Leipzig, 1905.
Biermann: Kommentar zum BGB u. s. Nebengesetzen, 3. Buch, Sachenrecht, 3. neub. Auflage, Berlin 1914.
Boehmer: Der Erfüllungswille, München 1910.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 8. Aufl., Jena 1927.
Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Tübingen-Leipzig 1902.
Dernburg: Pandekten, 1. Bd. 7. Aufl., Berlin 1902.
— System des Römischen Rechts, der Pandekten 8. umgearb. Aufl., Berlin 1912.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 5. Bd., 1. Hälfte, Einl.: Der Kauf nach Bürgerlichem Recht und §§ 373—382, 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.
Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, IV. Bd., II. Abt., Leipzig 1918.
Emerich: Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB für das Deutsche Reich, Jena 1899.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Berlin 1903.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 12. Bearb., Marburg 1932.
Exner: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. und gem. Recht, Wien 1867.
Girard: Geschichte und System des römischen Rechts, 1. Teil, Berlin 1908.
Heck: Begriffsbildung u. Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.
Karlowa: Römische Rechtsgeschichte, 2. Bd., 1. Teil: Privatrecht, Leipzig 1901.
Kisch: Die Wirkungen der nachträgl. eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB für das Deutsche Reich, Jena 1900.
Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuchs, 4. Aufl., 1. Bd., Berlin 1936.
Kohler: Vertrag und Übergabe, in ArchBürgR 18, 7 ff.
— Zur Besitzlehre, Tradition und Traditionsversuch, in ArchZivPr 69, 151 ff.
— Annahme und Annahmeverzug, in Ihering Jahrb. 17, 328.
Komm. v. RGR: Reichsgerichtsräte-Kommentar, 1. Bd., 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1934.
— 2. dB., 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1934.
— 3. Bd., 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1934.
Krahmer: Gegenseitige Verträge, Halle a. S. 1904.
Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.
Kretschmar: Die Erfüllung, Leipzig 1906.
Landsberg: Das Recht des BGB, 1. Hälfte, Berlin 1904.
Martinus: Zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe nach dem BGB, in ArchBürgR 17, 50 ff.
Oertmann: Kommentar zum BGB u. s. Nebengesetzen, 2. Buch, 5. Aufl., 1. Abt.: Berlin 1928.
— 2. Abt.: Berlin 1929.

Planck-Strohal: Plancks Kommentar z. BGB nebst Einführungsgesetz, 2. Bd., 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914.
— 2. Bd., 2. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1914.
Ritter: Komm z. HGB, 2. Aufl. 1932, München u. Berlin.
Schollmeyer: Komm. z. BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, München 1900.
Staub's Kommentar z. HGB, 3. Bd., Bearb. von Heinichen, 14. Aufl.
— 4. Bd, 14. Aufl.
Staudinger's, v. Kommentar z. BGB, 2. Bd., 1. Teil (erl. v. Werner), 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1930.
— 2. Bd., 2. Teil (erl. v. Kober und Nipperdey), 9. Aufl. 1928 und 10. Aufl., München-Berlin-Leipzig.
— 3. Bd., 1. Teil (erl. v. Kober), 10. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1935.
Stern: Die Gefahrtragung, Marburg 1910.
Stintzing: Die Übertragung beweglicher Sachen nach deutschem bürgl. Recht mit Heranziehung des gemeinen und römischen Rechts, Leipzig 1911.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, Berlin 1899.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgl. Recht, Leipzig 1900.
Warneyer's Kommentar zum BGB für das Deutsche Reich, 1. Bd., Tübingen 1930.
Warnkönig: Bemerkungen über den Begriff der iusta causa bei der Tradition, ArchZivPr 6, 101 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Aufl. unter regl. Darstellung des Deutschen bürgerlichen Rechts von Dr. Th. Kipp, Frankfurt/Main 1900.
Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, das Sachenrecht, 9. Bearb., Marburg 1932.

Zeitschriften, Entscheidungen, Materialien.

Archiv für bürgerliches Recht (ArchBürgR).
Archiv für Zivilistische Praxis (ArchZivPr).
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearb. v. A. Bolze.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (LZ).
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch).
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhut).
Iherings Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Ihering Jahrb).
Juristische Wochenschrift (JW).
Motive zum Entwurf eines BGB, Bd. II (Mot II).
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB, Bd. I (Prot I).
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Amtl. Sammlung (RG).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG).
Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht (Sächs. Arch).
Warneyer, die Entscheidungen des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Warneyer Rspr.).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Bay.Z.).

§ 1.

Es gibt wenige Worte in unserer Gesetzessprache, die dem Laien so ohne weiteres verständlich erscheinen werden, wie das Wort „Übergabe". Als die Bezeichnung eines uns aus dem täglichen Leben bekannten Vorganges — des Übergebens einer Sache — mag auch der Jurist jedes nähere Eingehen auf den Sinn dieses Wortes zunächst für überflüssig halten. „Übergabe" heißt jedoch nicht nur ein aus dem täglichen Leben stammender, von der Rechtsordnung übernommener Name, sondern zugleich ein Begriff, an den das Gesetz zahlreiche und verschiedenartige rechtliche Wirkungen knüpft, wie z. B. Eigentumsübergang, Pfandrechts- und Nießbrauchsbestellung, Gefahrübergang, Tragung von Nutzungen und Lasten der Kaufsache u.a.m. Übergabe ist somit ein Rechtsbegriff[1]).

In Anlehnung an die Bestimmung des § 433 BGB will sich unsere Untersuchung nun mit dem „gesetzlichen"[2]) Rechtsbegriff der Übergabe beim Kauf nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs beschäftigen. Es soll sich dabei nicht darum handeln, die Bedeutung der Übergabe im einzelnen an den gesetzlichen Folgen zu erläutern, sondern es soll versucht werden, das Wesen des Übergabebegriffes selbst im Kaufrecht darzustellen, wobei allerdings auf gesetzliche Folgen einzugehen sein wird[3]), soweit diese zur Begriffserklärung etwas beitragen können. Eine solche Darstellung der kaufrechtlichen Übergabe kann nicht ohne gleichzeite Gegenüberstellung und Abgrenzung zum Begriff der Übergabe bei der Übereignung beweglicher Sachen erfolgen, denn § 433 lautet:

> „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen".

---

1) Heck, („Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz" § 5, S. 63) unterscheidet zwischen juristischen Begriffen und Alltagsbegriffen. Soweit letztere in die Rechtssprache übernommen werden, bedarf es meist noch einer besonderen Bestimmtheit, die nach der ratio legis zu erfolgen hat.

2) Gesetzlich, weil das Gesetz der Urheber ist. Gegensatz: „wissenschaftlicher" Rechtsbegriff. Vgl. Heck, S. 61.

3) Hierbei werden auch einige handelsrechtliche Vorschriften zu streifen sein.

Die Eigentumsverschaffung beweglicher Sachen vollzieht sich nach der Regel des § 929 BGB durch Einigung und Übergabe, so daß also in dieser Vorschrift, soweit sie sich auf den Verkauf beweglicher Sachen bezieht, zweimal von „Übergabe“ die Rede ist und damit die Frage entsteht, ob diese beiden Begriffe sich decken oder ob und wie weit sie sich von einander unterscheiden. Da die Übereignung von Grundstücken ohne Übergabe vor sich geht, soll sich unsere Untersuchung, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch dem Gegenstand nach auf die Übergabe beim Kauf beweglicher Sachen beschränken.

Ein geschichtlicher Rückblick[4]) auf die Entwicklung des Übergabebegriffes soll seiner besonderen Behandlung im geltenden Kaufrecht vorangehen.

§ 2.

Der heutige Begriff der Übergabe ist in erster Linie entstanden auf der Grundlage der „traditio“ des römischen Rechts. Traditio war die Verkörperung eines Vorganges, des „tradere“, was im weitesten Sinne des Wortes soviel wie überliefern, überantworten[5]) bedeutete. Weniger allgemein hieß „tradere“: eine Gewalt über eine Sache übertragen[6]), insbesondere die possessio und die detentio[7]). Mit Recht weisen Windscheid[8])-Kipp darauf hin, daß, obwohl die Quellen von tradere rem wie auch von tradere possessionem sprechen, der Ausdruck „tradere“ von den Römern doch nur als Übergeben von Hand zu Hand verstanden wurde und sich daher nur auf bewegliche Sachen bezog[9]).

Der Übergang einer Sache von Hand zu Hand ist an keine feste Form gebunden, er kann sein ein Geben und Nehmen, ein bloßes Nehmenlassen, ein dem Geber Hinlegen oder Hinstellen[10]). Mit Recht macht Kohler[11])

4) Wegen des starken Einflusses der geschichtlichen Entwicklung auf die „Übergabe“ des § 929 soll hierbei, wenigstens teilweise, auf eine gewisse Ausführlichkeit nicht verzichtet werden.

5) Exner, Traditio S. 8.

6) Exner, a. a. O.

7) possessio bezeichnet Besitz im eigentlichen oder juristischen Sinne, auch possessio civilis oder possessio ad interdicta genannt, und gewährte ihrem Träger den Besitzschutz, die interdicta, während sich der detentor ohne diesen Rechtsgenuß mit der bloßen Innehaltung, der possessio naturalis, begnügen mußte. vgl. Girard, Röm. Recht. I, S. 292.

8) Lehrb. des Pandektenrechts I, § 153, S. 164.

9) Für Grundstücke sind die entsprechenden Ausdrücke: inducere in possessionem, mittere in p., Windscheid-Kipp, a. a. O.

10) Stintzing, S. 16.

11) Arch. Ziv. Prax. 69, 152; Arch. Bürg. R. 18, 2.

darauf aufmerksam, daß das tradere keine Besitzsukzession bedingt, d. h.: der Erwerber empfängt nicht den Besitz, den vorher der Tradent hatte, er ist nicht sein Besitznachfolger, sondern er erwirbt nur mit dessen Willen den Besitz an der Sache.

So wichtig es ist, sich die traditio zunächst als den reinen tatsächlichen Vorgang des körperlichen Überganges einer Sache von Hand zu Hand, oder Rücksicht auf den Zweck, vorzustellen, so wenig genügt diese Vorstellung allein zur Kennzeichnung des Begriffs. „Traditio" bedeutet im Rechtsleben der Römer mehr als ein tatsächlicher Akt, sie ist vielmehr darüber hinaus eine Art des Eigentumserwerbs[12]).

Ebenso wie die mancipatio[13]) und die in iure cessio[14]) diente die traditio dem Erwerb quiritischen Eigentums[15]). Sie stammt aber im Gegensatz zu den erstgenannten Erwerbsarten aus dem ius gentium[16]), wo sie wohl im Verkehr der Römer mit den Fremden, die nicht fähig waren, Subjekte quiritischen Eigentums zu werden, frühzeitig Bedeutung erlangt hat[17]).

Als einzige Erwerbsart des ius gentium[18]) in das ius civile übernommen, bürgerte sie sich auch dort bald ein und hatte bereits zur Zeit Justinians mancipatio und in iure cessio völlig vedrängt[19]).

Wie war nun die Eigentumstradition[20]) gestaltet oder anders gefragt, wann wurde der einfache Vorgang des tradere zum dinglichen Vertrag,

---

12) Windscheid-Kipp I, § 171 S. 882; Dernburg, Pand. I, § 201 S. 470; § 211 S. 94.

13) Die mancipatio vollzog sich im klassischen Recht in einer besonders feierlichen Form des Verkaufs mit Erz und Waage in Gegenwart von fünf Zeugen. Als dann für Veräußerungen ohne Zahlung des Preises Bedürfnis entstand z. B. bei Bestellung einer dos (Mitgift), beim Kreditkauf, wurde der Preis nur scheinbar zugewogen. Nach Aufkommen des Metallgeldes wurde das wirkliche Zuwägen auch beim Barkauf überflüssig. vgl. Girard I, S. 312, 313.

14) Die in iure cessio war eine gerichtliche Handlung, undz war eine Scheinvindikation: Der Erwerber spricht die Vindikationsformel, der Veräußerer wderspricht nicht, d. h., er gibt seinen Anspruch auf, er zediert in iure. vgl. Girard, a. a. O.

15) Im ältesten römischen Recht gab es nur ein Eigentum. Wer es an einer Sache hatte, konnte sie vindizieren mit der Behauptung, sie sei sein Eigentum ex iure Quiritium. Davon unterschieden später die römischen Juristen das bloße in bonis esse und das provinzielle Eigentum. Diese Unterschiede verschwanden im Laufe der Entwicklung und wurden schließlich von Justinian ausdrücklich aufgehoben. vgl. Dernburg, Röm. R. § 156, S. 323, 324.

16) Das ius gentium war stets ein Bestandteil des römischen Rechts. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II, § 27, S. 360.

17) Karlowa, Röm Rgesch. II, § 33, S. 417; Girard I, S. 320.

18) vgl. Karlowa, a. a. O.

19) Girard II, S. 318 u. 320.

20) Von vielen Tradition schlechthin oder Übergabe im technischen Sinne genannt.

der das Eigentum an einer Sache übertrug? Da man von Vertrag erst reden kann, wenn eine Willensübereinstimmung der Parteien besteht, so muß auch die Tradition, soll sie das Eigentum übertragen, in einer bestimmten Beziehung zum Willensverhältnis der Parteien stehen. Diese Beziehung bestimmte das Wesen der traditio des römischen Rechts, sowie es auch das Wesen der Eigentumsübergabe in unserem Bürgerlichen Recht bestimmt. Nicht Form des Übereignungsvertrages[21]) war die traditio, denn der Vorgang des tradere konnte selbst ja die verschiensten Formen annehmen[22]), sondern wie Stintzing[23]) es ausdrückt, „die Verwirklichung der Einigung in allen denkbaren Formen"[24]).

Das ist die Erklärung dafür, warum die Römer trotz der zahllosen Erscheinungsformen der Sachübergabe an dem Grundsatz der einen Tradition festgehalten haben. Nun läßt sich aber dem Traditionsvorgang, also dem Besitzerwerb mit Willen des Tradenten, nicht ohne weiteres ansehen, ob er den Eigentumsübergang oder andere Rechtsfolgen, z. B. Nutznießung, Bestellung eines Pfandrechts, Miete bezweckt. Es bedarf vielmehr noch eines besonderen Elements, das den Willen, Eigentum zu übertragen, ausspricht[25]). Dieses Element nannten die Römer die iusta causa traditionis. Damit war eine Tatsache — es brauchte nicht notwendig ein gültiges Rechtsgeschäft zu sein[26]) — gemeint, die von der Rechtsordnung als tauglicher Übereignungszweck anerkannt war[27]). Nur eine solche causa hieß iusta causa[28]).

Die wichtigste der iustae causa, gleichzeitig diejenige, die für unsere Untersuchung am meisten interessiert, ist die causa emtionis. Sie gehört wie die causa dotis zu den Veräußerungszwecken, die nicht nur durch den Willen der Parteien geschaffen werden, wie z. B. Schenkung, Darlehen, sondern die zum subjektiven Tatbestand noch ein objektives Moment ver-

---

21) Windscheid, Pand. I, § 171, 2 als Hauptvertreter dieser Lehre. Von dieser irrtümlichen Voraussetzung ausgehend, kam man zu der Folgerung, daß da, wo die Sachübergabe anders als durch Geben und Nehmen erfolge, eine wirkliche traditio nicht mehr vorliege und daher eine traditio ficta anzunehmen sei.

22) vgl. S. 5.

23) S. 16.

24) Dem Sinne nach ebenso Exner, S. 8; Karlowa, Röm. Rgesch. II, § 33, S. 416—417.

25) Warnkönig in Arch. z. Prax. 6, 126.

26) Warnkönig, S. 114—115.

27) Karlowa, Rgesch. § 33, S. 208 u. S. 418.

28) Das ius gentium kannte eine derartige Beschränkung auf bestimmte causae nicht. „Es genügte jeder Zweck, zu dessen Verfolgung und Erreichung Fassung des Eigentumsübertragungswillens faktisch denkbar war". Karlowa, a. a. O., S. 417.

langen[29]): Beim Kauf die Zahlung. Während jene bei mangelndem Konsens über die causa dennoch den Eigentumsübergang herbeiführen (durch Tradition), genügt bei dem tradere ex causa emtionis keinesfalls „Hingabe auf Grund irrtümlich angenommenen Kaufes“[30]), vielmehr mußte, seit der Kauf als Konsensualvertrag[31]) angesehen wurde, der Tradition ein gültiger Kaufabschluß vorangegangen sein oder mit ihr gleichzeitig erfolgen[32]). Ferner galt für die traditio ex cause emtionis die Besonderheit, daß das Eigentum an der Kaufsache erst überging, wenn der Kaufpreis bezahlt oder kreditiert war[33]). Aus dieser Rechtsfolge darf man jedoch nicht den Schluß ziehen, als ob es sich um eine andere — etwa neben der Eigentumstradition bestehende — traditio handelte. Es gab nur die eine, gleiche traditio, die grundsätzlich, d. h. wenn der Kaufpreis bezahlt oder kreditiert war, auch beim Kauf durch die Sachübergabe die Übereignung herbeiführte. Es wäre deshalb unrichtig, von einer Kauftradition als einem besonderen, neben die Eigentumstradition tretenden Rechtsbegriff zu sprechen.

Die römisch-rechtliche traditio stellt sich nach dem bisher Gesagten somit als der tatsächliche Vorgang dar, der dem Erwerber mit Willen des Tradenten Besitz verschafft und der, wenn er aus einer iusta causa heraus erfolgt, die dingliche Einigung verwirklicht und so zur wichtigsten Art des Eigentumserwerbs wird.

Auch das ältere deutsche Recht ließ das Eigentum an beweglichen Sachen erst mit der Übergabe, die zu der Willenseinigung hinzukommen mußte, übergehen[34]). Der germanische Übergabebegriff war im Gegensatz zum römischen eng an die Besitzlage geknüpft. Nicht die Sache, sondern die Gewere, die tatsächliche Sachherrschaft, wurde übertragen[35]). Der Erfolg, die Erlangung der Herrschaftsgewalt, war jedoch der gleiche wie bei der traditio, nur daß das deutsche Recht der Richtung des Besitzwillens keinen

---

29) Bechmann, Kauf II § 277, S. 53.

30) Karlowa, Rgesch., a. a. O.

31) Ursprünglich war der vom Tausch herstammende Kauf ein Real- oder Naturalvertrag. Doch erfolgte er auch in seiner einfachsten Gestalt, d. h. wenn beide Leistungen zeitlich in einem Akt zusammenfielen, wohl selten ohne eine vorherige Verabredung. vgl. Bechmann, Kauf I, § 3, I S. 8; II § 54, S. 417.

32) Karlowa, a. a. O.

33) Karlowa, a. a. O.; a. M. Bechmann, Kauf II, § 277, S. 54.

34) Das französische und englische Recht lassen die schlichte Einigung zur Eigentumsübertragung genügen (Vertragsprinzip). vgl. Kohler, Arch. Bürg. R. 18, 1, ebenso Wolff, Sachenrecht § 66, S. 204.

35) Heck, Sachenrecht § 56, S. 241.

Wert beilegte, so daß Begriffe wie juristischer Besitz und Detention hier unbekannt waren[36]).

Diese geschichtliche Entwicklung zeigt, daß die Übergabe bei den Römern wie auch im alten deutschen Recht ein sachenrechtlicher Begriff war, und als solcher hat sie auch im Bürgerlichen Gesetzbuch Eingang gefunden. So hat die Übergabe aus den beiden Wurzeln „traditio" und „Gewere" ihre Substanz gezogen, die auch im Sachenrecht des BGB ihr Wesen ausmacht und die man allgemein als die Übertragung oder die Verschaffung der tatsächlichen Sachherrschaft bezeichnet. Ohne an eine bestimmte äußere Form gebunden zu sein, bewirkt sie stets den Erwerb des unmittelbaren Besitzes, der seinerseits wiederum den verschiedensten dinglichen Zwecken — in erster Linie dem Eigentumserwerb — dienen kann.

Eine Grundlage für eine besondere kaufrechtliche Übergabe — die traditio ex causa emtionis war keine solche[37]) — haben wir bei unserem Rückblick nicht gefunden, so daß die heutige Übergabe beim Kauf von einem anderen Ausgangspunkt aus betrachtet werden muß.

§ 3.

Den Ausgangspunkt gibt uns das Gesetz selber, indem es, wie schon oben erwähnt, in der Vorschrift des § 433 BGB für den Kauf einer beweglichen Sache zweimal eine „Übergabe" verlangt. Nehmen wir eine erste Gegenüberstellung dieser beiden Begriffe vor, so soll sie zunächst ganz äußerlich mit ihrer systematischen Einordnung im Bürgerlichen Gesetzbuch beginnen.

In § 433 hat der Kauf, in § 929 die Übereignung beweglicher Sachen gesetzliche Regelung gefunden. Während der Kauf als wohl der wichtigste schuldrechtliche Vertrag bezeichnet werden kann[38]), stellt sich die Übereignung als rein dinglicher Vertrag und als der eigentliche Kern des Sachenrechts dar. Beiden Verträgen, dem schuldrechtlich-kausalen wie dem dinglichen, erfüllenden, zugleich aber streng abstrakten dient die „Übergabe". Und doch ist ihre Stellung innerhalb dieser beiden Vertragstypen eine ganz verschiedene. Zur Übertragung des Eigentums bezeichnet das Gesetz es als e r f o r d e r l i c h, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt, durch den Kaufvertrag dagegen wird der Verkäufer einer Sache lediglich verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben. Während die

36) Wolff, § 4, I, 1.
37) vgl. S. 5.
38) Im französischen Recht bewirkt der Kauf auch den Eigentumsübergang an der Kaufsache, wenn diese dem Verkäufer gehört. vgl. Kohler, ArchBürgR 18, 96.

Übereignung einer beweglichen Sache als Vertrag also unmittelbar durch die zu der dinglichen Einigung hinzutretenden Übergabe zustande kommt, hat die Entstehung des Kaufvertrages überhaupt nichts mit einer Übergabe zu tun, sondern diese tritt erst auf Grund des durch die obligatorische Einigung über Ware und Preis abgeschlossenen Vertrages als eine dem Verkäufer obliegende Verpflichtung auf. Das gilt auch für den sogenannten Handkauf[39]), bei dem Abschluß und Erfüllung oft derart zusammenfallen, daß nach außen nur letztere als der tatsächliche Austausch der Leistungen erkennbar wird[40]). Der Übergabe des § 433 als einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Leistung steht somit die Übergabe des § 929 als Tatbestandsmerkmal der Übereignung, also gewissermaßen die Leistung selber, gegenüber. Der Ausdruck „Leistung" ist hier nicht als auch ein im Sachenrecht etwa anwendbarer Begriff zu verstehen, er soll vielmehr nur der Gegenüberstellung zur schuldrechtlichen Verpflichtung dienen. Dieser Stufenunterschied ist nicht zufällig, sondern entspricht der Einteilung in kausale und erfüllende Geschäfte, in obligatorische und dingliche Verträge. Damit steht jedoch noch keinesfalls fest, ob es sich bei der Kauf-Übergabe um einen selbständigen, gegenüber dem Tatbestandsmerkmal des § 929 andersartigen Rechtsbegriff handelt. Um uns darüber ein Urteil bilden zu können, müssen wir den Stufenunterschied von der Verpflichtung zur Leistung überwinden und uns fragen: wie wird im Sinne des Kaufs übergeben, wie vollzieht sich die Übergabe der Kaufsache?

§ 4.

Der Wortlaut des § 433 läßt die Frage, wie sich der Vollzug der Übergabe gestaltet, offen. So wie man vielleicht aus dem gleichen Wort auf eine gleiche Erklärung schließen könnte, so ließe sich auch das Gegenteil gerade aus der zweimaligen Verwendung von „Übergabe" für den Kauf einer beweglichen Sache entnehmen. Nur soviel kann schon allein im Hinblick auf die Fassung der Vorschrift mit Sicherheit gesagt werden: der Gesetzgeber hat das Übergeben der Kaufsache besonderer Hervorhebung für wert gehalten, gleichgültig, ob eine bewegliche Sache oder ein Grundstück Gegenstand des Kaufvertrages ist.

Um ein klares Bild von dem Vollzug der „Übergabe" und damit von ihrem Wesen zu erhalten, bedarf es zunächst der Festlegung des Maß-

39) vgl. S. 5 Anm. 31.
40) Enneccerus-Lehmann, § 101, I; Düringer-Hachenburg, V. Bd. S. 4, Anm. 2.

stabes, der an den Vorgang des Übergebens angelegt werden muß. Dieser Maßstab kann nur „Erfüllung des Kaufvertrages" heißen, denn das ist das alleinige tatsächliche und rechtliche Ziel des durch die obligatorische Vereinbarung geschlossenen zweiseitig-verpflichtenden Geschäfts[41]). Nur diejenige Handlung kann also „Übergabe" im Sinne des § 433 sein, die in Vollziehung der verabredeten Leistungspflicht der Erfüllung des Kaufvertrages dient und auch dazu führt. Um den Erfolg der Erfüllung zu gewährleisten, sind an die Übergabe, wie an jede Leistung, dreierlei Anforderungen zu stellen: es muß am richtigen Ort, zur richtigen Zeit und in der richtigen Art und Weise übergeben werden. Für den Erfüllungsort und die Erfüllungszeit gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 269, 271 BGB. Die Art und Weise, in der durch Übergabe erfüllt werden muß, ist im Gesetz nicht geregelt und soll daher Gegenstand besonderer Prüfung sein. Daß die Übergabe-Leistung dem allgemeinen Gebot von Treu und Glauben unterliegt[42]), bedarf ebensowenig besonderen Hinweises wie die Tatsache, daß der Leistende — im Rahmen des § 267 — nicht unbedingt der Verkäufer zu sein braucht und andererseits auch an einen Bevollmächtigten, Boten oder Besitzdiener „übergeben" werden kann[43]).

§ 5.

Mangels einer gesetzlichen Regelung liegt es nahe, die Frage nach der Vollziehung der Übergabe beim Kauf in folgender Weise zu beantworten: der Verkäufer „übergibt" dem Käufer wie der Veräußerer dem Erwerber dinglich übergibt. Über Gestaltung und Wesen der eigentumsverschaffenden Übergabe braucht an dieser Stelle nichts mehr gesagt zu werden. Sie ist wie die traditio „Verwirklichung der dinglichen Einigung in allen denkbaren Formen"[44]), kann also durch körperliches Geben und Nehmen, durch bloßes Nehmenlassen usw. erfolgen. Entscheidend bleibt nur, daß der Erwerber — mit Willen des Veräußerers[45]) — unmittelbarer Besitzer wird, daß er die tatsächliche Sachherrschaft übertragen bekommt.

Es bestehen keine Bedenken dagegen, die kaufrechtliche Übergabe in all den Fällen als vollzogen anzusehen, in denen der Eigentumswechsel durch „Einigung und Übergabe" stattfindet. Wenn der Verkäufer nach erfolgter

41) vgl. Oertmann in Ehrenbergs Handb. IV. Bd. II. Abt., § 46, 2.
42) v. Staudinger-Werner, § 362, I, 2.
43) Komm. v. R.G.R. § 433, 8, a; v. Staudinger-Kober, § 433 Anm. 96 u. 100.
44) vgl. S. 4.
45) Wolff, § 11, I.

Einigung eine bewegliche Sache zu Eigentum übergibt, dann erfüllt er damit regelmäßig auch seine Übergabepflicht aus § 433. Das trifft in dieser Form nicht nur für den Kauf im Ladengeschäft und am Erfüllungsort, sondern auch für den sogenannten Versendungskauf zu, durch den zwar der Gefahrübergang vom Gesetz vorverlegt, der Übergabeakt selber jedoch im Interesse des Käufers erweitert wird[46].

Wir können also bereits an diesem Punkt folgendes feststellen: hat der Käufer zum Zwecke des Eigentumserwerbs die tatsächliche Sachherrschaft einer an ihn verkauften beweglichen Sache übertragen bekommen, so ist ihm, sofern die Voraussetzungen hinsichtlich Erfüllungsort und Erfüllungszeit eingehalten sind, damit gleichzeitig im Sinne des Kaufvertrages „übergeben" worden. Diese von der praktischen Erfahrung aus gewonnene Erkenntnis beansprucht nicht, bereits als eine Erklärung des kaufrechtlichen Übergabebegriffes gewertet zu werden. Es wäre insbesondere verfehlt, aus dieser Erkenntnis die im Schrifttum[47] mancherorts übliche Gleichsetzung: „Übergabe des § 433 = Übertragung des unmittelbaren Besitzes" zu folgern. Gleichsetzen kann man nur, was man seinem Wesen nach als gleich erkannt hat. Wir aber haben bisher nur festgestellt, daß mit der Verschaffung der tatsächlichen Sachherrschaft an der Kaufsache grundsätzlich auch der Übergabeerfolg im Sinne des § 433 hergestellt sein wird, da dieser Akt in aller Regel in die angestrebte Erfüllung einmündet.

Daß der Verkäufer dann nicht zu „übergeben" braucht, wenn der Käufer die Kaufsache bereits in seiner tatsächlichen Gewalt hat, bedarf keiner weiteren Ausführung[48]. In diesem Falle besteht überhaupt keine Übergabepflicht, sondern lediglich eine Verpflichtung, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, wozu gem. § 929 S. 2 die dingliche Einigung genügt. Ebenso wird die Übergabepflicht des Verkäufers auch dann entfallen, wenn der Käufer „in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben" (§ 854, II). Denn der Käufer hat in einem solchen Falle — ebenso wie der dingliche Erwerber — die Möglichkeit, sich die tatsächliche Gewalt ungehindert von Dritten zu verschaffen[49].

Ob diese Möglichkeit besteht, richtet sich nach den jeweiligen Verhältnissen und der Verkehrsauffassung und ist vom Käufer darzutun[50]. So

---

46) vgl. Düringer-Hachenburg, S. 29, Anm. 25.
47) vgl. statt aller: Stern, Gefahrtragung, S. 61.
48) Planck-Strohal, § 446, 2, b, S. 674; Crome, § 217; v. Staudinger-Kober, § 446, I, 2, c; Kisch, S. 62.
49) v. Staudinger-Kober, 9. Auflage § 854, II, 1.
50) RG in Gruch Beitr. 49, 127.

wie sachenrechtlich die bloße Einigung bei Herrschaftsmöglichkeit[51]) den unmittelbaren Besitz ohne Herrschaftsergreifung auf den Erwerber überträgt, so wird diese Einigung, wenn sie gleichzeitig das Eigentum verschafft, die einzige notwendige Erfüllungshandlung des Verkäufers sein. In der Regel wird also in einem derartigen Fall in einem Vertrag der Verkauf, die Besitzübertragung und die Übereignung erfolgen[52]). Es ist deshalb ungenau, wenn einige[53]) erklären, die „Übergabe" der §§ 433, 446 sei der brevi manu traditio und der Besitzübertragung nach § 854, II gleichgestellt oder umfasse diese beiden Akte.

Wohl genügt der sachenrechtliche Erfolg in diesen Fällen auch für die kaufrechtliche Erfüllung, ein Anlaß, die Einigungen der §§ 929 S. 1 und 854, II dem Begriff der kaufrechtlichen Übergabe zu unterstellen, besteht jedoch nicht.

§ 6.

Indem wir den Gegenstand unserer Untersuchung unter dem Maßstab der Erfüllung auch weiterhin dem sachenrechtlichen Vergleichsbegriff gegenüberzustellen, erhebt sich nun die Frage, ob der Verkäufer seine Verpflichtung aus § 433 auch mit Hilfe eines Übergaberrsatzes erfüllen kann. Hat der Verkäufer einer beweglichen Sache seiner Übergabepflicht auch dann genügt, wenn die dingliche Übergabe durch die Akte der §§ 929 ff. ersetzt worden ist? Bewirkt das constitium possessorium oder die Anspruchsabtretung gleichzeitig mit der Übereignung auch die Erfüllung der kaufrechtlichen Übergabeverbindlichkeit? Von der Beantwortung dieser Frage hängt die Klärung von Erfolg, Art und Weise der Vollziehung sowie auch Bestimmung des Zeitpunktes ab, zu dem die „Übergabe" des § 433 vom Gesetz als beendet angesehen wird.

Aus der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs läßt sich zu dem aufgeworfenen Problem nichts entnehmen. Die Motive[54]) heben die „Übergabe" zwar schon als selbständige Verpflichtung hervor, nehmen aber zu ihrer Erfüllung, zu ihrem Vollzug im einzelnen noch keine Stellung. Es heißt nur, daß der Verkäufer „durch den Kaufvertrag die nach

---

51) Wolff, § 11, II, S. 32.

52) Beispiele, in denen diese Möglichkeit praktisch wird, sind die so oft genannten Veräußerungen eines offen liegenden Ackerstückes, einer im Walde lagernden Holzmenge u. a. m.

53) v. Staudinger-Kober, § 446 Anm. 11; Düringer-Hachenburg, S. 27 Anm. 23; Planck-Strohal, § 446, 2, b; Titze, Unmöglichkeit, S. 256—57.

54) Mot II, 307.

sachenrechtlichen Vorschriften zur Übertragung bezw. Rechtsverschaffung erforderlichen Erklärungen und Handlungen vorzunehmen hat"[55]). Darüber, ob diese Erklärungen und Handlungen grundsätzlich ausreichen oder ob sie nur normalerweise gleichzeitig der Erfüllung der Übereignungs- und der Übergabepflicht dienen, kann hieraus nichts entnommen werden. Vielmehr ist die Verweisung auf „sachenrechtliche Vorschriften" zu allgemein gehalten, als daß man in ihr einen eindeutigen Willen der Kommissionsmitglieder erblicken könnte.

Die Möglichkeit, die kaufrechtliche Übergabe durch die Akte der §§ 930, 931 zu ersetzen, wird in der Rechtslehre teils zu § 433, teils im Anschluß an § 446 behandelt. Manche Schriftsteller erwähnen sie nur in einem Satz, manche erörtern sie eingehender. Im Ergebnis gehen die Meinungen gänzlich auseinander und lassen die Frage auch heute noch als außerordentlich streitig erscheinen.

Einheitlich, das heißt hinsichtlich beider Ersatzakte, wird die Frage, ob mit der Übereignung der verkauften Sache nach §§ 930 oder 931 auch die kaufrechtliche Übergabe „ersetzt" wird, in erster Linie bejaht von Martinius[56]), Stern[57]), Kisch[58]), Titze[59]) und jetzt auch von Staudinger[60]), während sie Emerich[61]), Planck[62]), der Kommentar der Reichsgerichtsräte[63]), Stintzing[64]) und Matthias[65]) ebenso einheitlich verneinen. Eine dritte Gruppe will das Besitzkonstitut als einen auch für den Kauf geltenden Übergabeersatz zulassen, die Abtretung des Herausgabeanspruchs dagegen ablehnen. Ihre Hauptvertreter sind Oertmann[66]), Düringer-Hachenburg[67]) und Enneccerus[68]).

Von den zuerst genannten und denen, die eine Ersatzübergabe beim Kauf jedenfalls durch Besitzkonstitut zulassen, wird u. a. darauf abgestellt, daß „trotz des bedenklichen Wortlauts (Übergabe) dem Käufer auch hier

55) Mot a. a. O.
56) ArchBürgR 17, 54.
57) Gefahrentragung, S. 63.
58) Unmöglichkeit, S. 62.
59) Unmöglichkeit, S. 256—57.
60) v. Staudinger-Kober, § 433 Anm. 100, § 446 Anm. 13, a. M. 9. Auflage, § 446 I, 2, c.
61) Kauf, S. 35.
62) Planck-Strohal, § 446.
63) Komm. v. RGR, § 433.
64) S. 17—18.
65) S. 276; ebenso: Endemann, S. 950; Koenige, Vorbem. v. § 373, S. 138.
66) § 433, 2, a und Ehrenbergs Handb. IV. Bd. 2, S. 394.
67) S. 26 Anm. 22.
68) Enneccerus-Lehmann, § 102, Anm. 1, S. 356.

Besitz, wenigstens mittelbarer, verschafft wird"[69]). Nach Düringer-Hachenburg[70]) hat der Käufer, wenn er mit dem Verkäufer ein Rechtsverhältnis vereinbart, „vermöge dessen dem Verkäufer zunächst der unmittelbare Besitz verbleibt und der Käufer nur den mittelbaren Besitz erhält, auf die baldige Übergabe verzichtet." Martinius[71]), der die Frage allein vom Gesichtspunkt der Gefahrtragung aus behandelt, hält eine Trennung von Übereignung und persönlicher Übergabe für undenkbar und, insbesondere im Falle der Anspruchsabtretung gegen einen Dritten, auch für den Verkäufer für nicht zumutbar. Oertmann[72]) meint: „die Auslegung nach Treu und Glauben verhindert den Käufer, der an der Kaufsache dem Verkäufer Nießbrauch bestellt oder sie ihm vermietet hat, dem ungeachtet nach § 433, I Übergabe zu verlangen."

Die Gegner dieser beiden Gruppen begründen ihre Ablehnung der Ersatzübergabe meist nur sehr kurz, so u. a. damit, daß Besitzkonstitut und Anspruchsabtretung nur dem Eigentumserwerb dienten und infolgedessen beim Kauf keine Anwendung finden könnten[73]). Ganz scharf von der Übereignung trennen „Übergabe" auch Emerich[74] und Stintzing[75]), die die beiden Ersatzakte im Gebiete der Erfüllung der „Übergabe" für keineswegs gleichwertig erklären.

Überblickt man diesen Meinungsstreit in seiner Gesamtheit, so ist es offensichtlich, daß sein eigentlicher Grund in der Ungeklärtheit des Begriffes „Übergabe" in § 433 liegt, den die einen eben rein sachenrechtlich, die anderen mehr kaufrechtlich betont, auffassen. Will man eine befriedigende Antwort auf diese Streitfrage finden, so muß man zweierlei auseinanderhalten: die Übergabe als die gesetzliche Verpflichtung, wie sie grundsätzlich festgelegt ist, und die etwaige Möglichkeit der Parteien, diese Verpflichtung durch Vereinbarung frei zu gestalten.

§ 7.

Wir haben oben[76]) gesehen, daß die verkaufte Sache mit der Übertragung des unmittelbaren Besitzes normalerweise auch im Sinne des

69) so Oertmann, § 433, 2 a; ebenso Kisch, a. a. O.
70) a. a. O.; ebenso: Titze, S. 257, Enneccerus-Lehmann, a. a. O.; v. Staudinger-Kober, § 433, IX, 1, a.
71) a. a. O.
72) a. a. O.
73) vgl. Komm. v. RGR, a. a. O.
74) S 35.
75) S. 17—18.
76) vgl. S. 9.

Kaufs „übergeben" ist, da mit der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt in aller Regel der Erfolg der Vertragserfüllung herbeigeführt wird. Auf der anderen Seite steht nun die gesetzliche Regelung der §§ 930, 931, wonach der Erwerber Eigentum ohne Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft erwirbt, vielmehr höchstens nur mittelbaren Besitz erlangt.

Es ist nach dem Bisherigen sicher, daß die Übertragung des mittelbaren Besitzes nur dann als Vollzug der Übergabeverpflichtung in Betracht kommt, wenn durch sie in gleicher Weise wie durch die tatsächliche Sachherrschaft die Erfüllung des Kaufvertrages erreicht wird. Die Erfüllung hat gem. § 362 stets das Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge. Das bedeutet, daß die Parteien von diesem Augenblick an in keiner, aus dem Schuldverhältnis herrührenden rechtlichen Beziehung mehr zueinander stehen. Soll der Verkäufer nun damit, daß er dem Käufer mit dem Eigentum die schwache Rechtsposition eines mittelbaren Besitzers verschafft, die „geschuldete Leistung" im Sinne des § 362 bewirkt und damit erfüllt haben? Eine solche Erfüllung widerspricht nicht nur jeder billigen, die Interessen beider Parteien abwägenden Betrachtungsweise, sondern auch dem Grundgedanken des geltenden Kaufrechts. Denn, von einzelnen Fällen abgesehen, bildet im allgemeinen nicht nur die Rechtsverschaffung, sondern gerade auch der reale Sachgenuß das Ziel des „Kaufens". Den Käufer in den realen Sachgenuß der Kaufsache zu versetzen, ist aber grundsätzlich alleinige Angelegenheit[77]) des Verkäufers. Weder durch die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses noch durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs bekommt der Käufer den realen Sachgenuß, er muß sich ihn vielmehr erst durch eine neue Handlung, unter Umständen sogar erst durch einen Prozeß, vom Dritten verschaffen. Schon aus diesem Grunde dürfte die Übertragung mittelbaren Besitzes für die Erfüllung nicht in Betracht kommen. Weiter ist zu beachten, daß es für den Kauf, und zwar gerade für das Kaufgeschäft des täglichen Lebens, das ohne Sonderabreden allein im Rahmen der gesetzlichen Regelung abgeschlossen wird, auf eine möglichst genaue Bestimmbarkeit und Erkennbarkeit des Zeitpunktes ankommt, in dem die Verpflichtungen als „erfüllt" bezeichnet werden können. Erfordert schon der Umstand des Erlöschens eines Schuldverhältnisses an und für sich einen gewissen tatsächlichen Anhalt[78]), so gilt dies in noch stärkerem

---

77) i. S. von Verpflichtung.

78) nicht zuletzt, um unnötigen Streit zwischen den Parteien, ob erfüllt ist oder nicht, zu vermeiden.

Maße gerade von der kaufrechtlichen Übergabe wegen der an sie geknüpften bedeutsamen gesetzlichen Folgen. Die Anforderungen, die an den Zeitpunkt der Erfüllung des Kaufvertrages gestellt werden müssen, sind deshalb höhere als die, die für die Verwirklichung des Übereignungswillens vom Gesetz als ausreichend erachtet werden. Der Gefahrübergang der Kaufsache als die unmittelbarste Wirkung der Übergabe — neben der Erfüllung — mag uns zeigen, wie notwendig es ist, diesen Zeitpunkt möglichst klar und eindeutig bestimmen zu können.

Die Gefahrtragung betrifft die Frage nach dem Schicksal der Leistung[79]) im Falle nicht zu vertretender Unmöglichkeit (Zufall)[80]), bei gegenseitigen Verträgen insbesondere die Frage nach der Gegenleistung.

Grundsätzlich geht bei gegenseitigen Verträgen — das ergibt sich mangels abweichender Regelung aus Fassung und Sinn des § 323 — die Gefahr erst im Augenblick der vollen Vertragserfüllung[81]), ausnahmsweise schon im Augenblick des Annahmeverzuges, auf den Gläubiger über[82]). Für den Kauf als den wichtigsten gegenseitigen Vertrag bestimmt das BGB in § 446, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung mit der „Übergabe" der verkauften Sache auf den Käufer übergeht[83]). Die Gefahr geht also unter Umständen zu einem wesentlichen früheren Zeitpunkt als im Falle des § 323 über. Denn der Verkäufer muß, um voll zu erfüllen, die Sache nicht nur übergehen und übereignen, sondern auch frei von Rechten Dritter dem Käufer verschaffen[84]).

Es ist nun seinerzeit im Schrifttum im Anschluß an den Wortlaut des § 446 die Frage aufgeworfen worden, ob die Gefahr schon und stets mit dem tatsächlichen Übergang der Kaufsache, also regelmäßig mit der bloßen Übertragung des unmittelbaren Besitzes oder erst mit der vollen Erfüllung d. i. mit der „Übergabe", die gleichzeitig Eigentum verschafft[85]),

---

79) das sog. periculum obligationis im Gegensatz zum periculum rei, das nach wie vor den Eigentümer trifft (casum sentit dominus).

80) Kreß, S. 411.

81) Kreß a. a. O.

82) Das bedeutet, daß von da ab der Schuldner auf jeden Fall die Gegenleistung und, wenn sie noch nicht bewirkt ist, den Anspruch darauf behält. vgl. Kreß, a. a. O.

83) Im römischen und gemeinen Recht ging die Gefahr bereits beim Kaufabschluß auf den Käufer über (periculum est emtoris) vgl. Windscheid-Kipp, Pand. II, § 321 Nr. 3: „perfecta emtione periculum ad emtorem". — Das deutsche Recht knüpfte den Gefahrübergang schon immer an die Übergabe vgl. Stobbe-Lehmann III, § 231, VI; Stern, S. 60.

84) Stern, S. 61.

85) So vor allem Titze, S. 256; Kisch, S. 260; Kreß, § 19, S. 414; Crome § 213, 1 a; Martinius in ArchBürgR 17, 54.

auf den Käufer übergeht[86]). Da die Frage heute eindeutig zu Gunsten der ersten Alternative[87]) entschieden und dieser Standpunkt auch in der Praxis[88]) allgemein anerkannt ist, kann hier eine kurze Darlegung der Gründe genügen, die die heutige herrschende Lehre rechtfertigen.

Einmal deutet die Fassung des § 446, II darauf hin, daß unter „Übergabe" in dieser Vorschrift nur die Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft zu verstehen ist. Denn: bei Verkauf eines Grundstücks soll die Gefahr auf den Käufer schon mit der Eintragung in das Grundbuch übergehen, soweit diese vor der Übergabe erfolgt. Damit soll dem Zweck des besonderen Gefahrüberganges beim Kauf (Vorverlegung des Zeitpunktes) Rechnung getragen werden, indem jeweilig die frühere Maßnahme — Übergabe oder Eintragung — entscheidend sein soll. Der Umstand, daß die Grundstücksübereignung weder begrifflich eine Übergabe erfordert, noch zeitlich mit ihr zusammenzufallen braucht, spricht jedenfalls mit größter Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Gesetzgeber auch im ersten Absatz der genannten Vorschrift mit dem gleichen Wort den gleichen Sinn verbindet. Aber auch der innere Grund, aus dem heraus im Bürgerlichen Gesetzbuch der deutschrechtliche Grundsatz[89]), daß beim Kauf beweglicher Sachen der Verkäufer die Gefahr trägt, zur Anerkennung gelangt ist, läßt kein anderes Ergebnis zu. Der Verkäufer soll bis zur Übergabe deshalb die Gefahr behalten, weil er allein oder doch eher als der Käufer solange in der Lage ist, die Sache in die notwendige Obhut zu nehmen[90]), auf sie zu achten und vor Beeinträchtigungen Dritter zu bewahren. Mit dem Übergang der tatsächlichen Sachherrschaft auf den Käufer erscheint es billig und geboten, diesem auch die Gefahr des zufälligen Unterganges und damit des Verlustes seiner Leistung (Kaufpreis) aufzuerlegen, da er von diesem Zeitpunkt an, jedenfalls eher als der Verkäufer, die geschilderte Überwachungsmöglichkeit besitzt. Daß der mittelbare Besitzer keine Handhabe hat, irgendeine tatsächliche Kontrolle über

---

86) Diese Frage grenzt an unser Hauptproblem, hat aber doch etwas anderes zum Gegenstand, denn es geht nicht darum, ob eine Trennung von kauf- und sachenrechtlicher Übergabe möglich ist, sondern einzig und allein darum, ob es billig und notwendig erscheint, dem „Verkäufer mit der Verfügungsmacht über die Sache auch die Gefahr abzunehmen", so Kisch, a. a. O.

87) vgl. Planck-Strohal, § 446, II, b; v. Staudinger-Kober, § 446 Anm. 15; Komm. v. RGR § 446, 4; Cosack-Mitteis, § 183, 2 a; Endemann, § 159 a, 5 a; Stern, S. 60.

88) OLG 8, 445; 13, 409; RG 85, 321; 93, 33; in JW 1915, 23.

89) also Übergang erst von der Übergabe an, vgl. o. S. 14, Anm. 83.

90) Endemann, § 159 a, 5, 2; ebenso OLG Stuttg. in Seuff. Bl. 76, 642.

die Kaufsache auszuüben, ergibt sich eben daraus, daß zwischen ihm und der Sache ein anderer steht, der den „Besitz“ vermittelt. Insbesondere läßt der fehlende räumliche Zusammenhang das Sachherrschaftsverhältnis nicht als ein tatsächliches, sondern als ein stark „vergeistigtes“[91]) erscheinen. Es soll jedoch nicht zu eng auf das Wort „Überwachung“ abgestellt werden, sondern der der Gefahrtragungslehre zugrunde liegende Gedanke ist wohl besser ausgedrückt, wenn man sagt: Derjenige soll die Gefahr des zufälligen Unterganges tragen, dessen Machtsphäre[92]) der Gegenstand am nächsten steht[93]). Man kann hiergegen nicht einwenden, daß auf diese Weise der Gefahrübergang praktisch von dem zufälligen Umstand abhängt, ob der Käufer die Kaufsache in die Hand genommen hat oder nicht, da tatsächliche Sachherrschaft nur dann begründet wird, wenn sie als solche vom Verkehr angesehen wird[94]) und es ferner auch hier darauf ankommt, ob der Erfüllungserfolg herbeigeführt wird. Im übrigen ist aber nicht einzusehen, warum es den Verkäufer treffen soll, wenn der Käufer nach Erlangung des unmittelbaren Besitzes diesen wieder aufgibt.

Wenn andererseits Martinius[95]) meint, es sei unbillig, den Verkäufer, der nach § 931 übereignet habe, die Gefahr weiter tragen zu lassen, bis der Käufer es für gut befindet, sich die Sache irgendwann einmal vom Dritten herausgeben zu lassen, auch wenn Jahr und Tag darüber vergehen sollten, so ist dieser Einwand nicht stichhaltig. Der Verkäufer kann dem Käufer die Sache durch die Aufforderung, sich zwecks Beschaffung des unmittelbaren Besitzes an den Dritten zu wenden, gemäß § 295 anbieten. Ein wörtliches Angebot genügt[96]), da im Falle der Anspruchsabtretung die geschuldete Leistung nicht ohne Mitwirkung des Käufers (Gläubigers) bewirkt werden kann. Das Wort „Übergabe“ besagt nichts Gegenteiliges, in ihm liegt keine Verpflichtung zum Transport begründet, diese entsteht nur, „wenn Gesetz (§ 270), Verabredung, Herkommen oder andere Umstände etwas anderes ergeben“[97]). Kommt der Käufer[98])

---

91) Wolff, § 8, III.
92) gemeint ist immerhin eine Beziehung, die nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Einwirkung auf die Kaufsache gestattet.
93) so auch Stern, S. 61.
94) Wolff, § 66, I, I.
95) ArchBürgR 17, 54.
96) Es genügt trotz der Systematik des Gesetzes in den §§ 294 ff. in der Mehrzahl aller Fälle, da alle Schulden grundsätzlich Holschulden sind. Deshalb kann man auch das Nehmenlassen als die eigentliche Urform der Übergabe bezeichnen.
97) Stintzing, S. 19.

der Aufforderung des Verkäufers nicht nach, so gerät er in Annahmeverzug, und die Gefahr geht dann schon gemäß § 324, II auf ihn über.

So zeigt sich vom Gesichtspunkt der Gefahrtragung aus im besonderen Maße, daß im Gegensatz zur Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft die Verschaffung des mittelbaren Besitzes nicht den Anforderungen an Klarheit und Erkennbarkeit des „Übergabe"-Zeitpunktes entspricht. Der mittelbare Besitz gibt dem Käufer nicht die notwendige Überwachungs- und Obhutsmöglichkeit, er schafft nicht die Machtsphäre, die die Gefahrtragung rechtfertigt.

§ 8.

Der Umstand, daß der Abschluß des Kaufvertrages praktisch stets mit der dinglichen Einigung zusammenfällt, läßt die Möglichkeit eines gewissen Abhängigkeitsverhältnisses nicht nur rechtlicher, sondern auch tatsächlicher Natur zwischen beiden Geschäften zu. Da die Übereignung als der dingliche, verfügende und erfüllende Vertrag gegenüber dem Verpflichtungsgeschäft auf der höheren Stufe steht, liegt es nahe, daß sich die Gestaltung des Kaufs unter Umständen nach der Art und Weise des Eigentumsüberganges richtet. So erklärt sich auch der Standpunkt derer, die in einer sich nicht nach § 929, 1 vollziehenden Übereignung, insbesondere im Falle des Besitzkonstituts, einen Verzicht des Käufers auf die kaufrechtliche Übergabe sehen[99]).

Der „Verzicht" als Rechtsbegriff ist im BGB nicht einheitlich behandelt. Er bewirkt sowohl den Untergang von Rechten[100]), so z. B. von dinglichen Rechten (§§ 875, 1064, 1255, I), Forderungen (Erlaß § 397) wie von Anwartschaften (Erbverzicht § 2346). Wir finden ihn aber auch bei der bloßen Aufgabe von Befugnissen und Einreden (z. B. §§ 239, 571, 671, 768, 773 Z. 1 usw.). Als Rechtsverzicht tritt er im BGB bald als einseitiges Rechtsgeschäft (z B. §§ 875, 928, 959, 1064) bald als Vertrag (z. B. §§ 397, 2346) auf. Im Gebiet der Schuldverhältnisse bedarf der Rechtsverzicht regelmäßig einer Annahme und ist stets Vertrag[101]): § 397, und zwar ein abstrakter, verfügender Vertrag. Als gesetzlichen Schulderlöschungsgrund dürfte man ihn eigentlich nicht mehr

---

98) An diesen, nicht an den Dritten, kann sich der Verkäufer durchaus wenden. Das übersieht Stern (S. 65), wenn er die Möglichkeit des Annahmeverzuges verneint.
99) vgl. o. S. 12.
100) Komm. v. RGR, § 397, S. 597.
101) Komm. v. RGR., a. a. O.

„Verzicht" sondern nur Erlaß-Vertrag nennen. Trotzdem hat sich die Bezeichnung „Verzicht" eingebürgert, und sie hat auch insofern ihre Berechtigung als ja der Schwerpunkt dieses Vertrages in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Gläubigers liegt, durch die er die Forderung aufgibt, eben auf sie „verzichtet"[102]).

Wenn wir nun die Möglichkeit des Verzichts auf die „Übergabe" beim Kauf einer näheren Prüfung unterziehen, so müssen wir zwei Fragen auseinanderhalten: 1. gibt es überhaupt einen Verzicht auf die vom Gesetz dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung, die Kaufsache zu „übergeben" und 2. wann ist ein solcher Verzicht anzunehmen, liegt er insbesondere stets dann vor, wenn die Übereignung der verkauften Sache anders als durch Einigung und Übergabe erfolgt?

Die Bejahung der ersten Frage ergibt sich aus dem das ganze Schuldrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit, wonach die Parteien ihre gegenseitigen Beziehungen nach freiem Übereinkommen regeln können, soweit sie nicht gegen zwingendes Recht verstoßen[103]). Die Verpflichtung zur „Übergabe" kann in gleicher Weise wie andere „Schulden" Gegenstand einer vertraglichen Abrede sein, sei es, daß sie in irgendeiner Hinsicht abgeändert wird, z. B. der Verkäufer noch zusätzliche Garantien übernimmt, sei es, daß der Käufer ganz auf sie verzichtet[104]). Einen Fall, bei dem die Verpflichtung zur körperlichen Übergabe häufig ausgeschlossen ist, bildet der sogenannte Sicherungskauf[105]), das ist ein Vertrag, der trotz seiner auf Umsatz von Ware und Geld gerichteten Natur letztlich nur die Sicherung des kaufenden Gläubigers wegen einer ihm zustehenden Forderung bezweckt. Im Grunde genommen stellt dieser, an ein dem Verkäufer zustehendes Rückkaufsrecht geknüpfte Kauf nur eine besondere Form der Sicherungsübereignung dar, deren sich die Beteiligten an Stelle der reinen Sicherheitsübertragung bedienen[106]).

---

102) vgl. v. Staudinger-Werner, § 397, I, 1.

103) Zwingendes Recht sind vor allem die sog. „Generalklauseln" (§§ 134, 138, 242, 826), daneben aber auch andere Bestimmungen, wie z. B. §§ 225, 310, 312, 544, 617, 618 u. a.

104) so Oertmann, § 433, 2, a; Planck-Strohal, § 433, 6, a; im Ergebnis auch Komm. v. RGR, § 446, 4; Endemann, § 159, 4, 2; Crome, § 217.

105) vgl. Koenige, Vorbem. v. § 373, III, 138.

106) vgl. Staub-Heinichen, Vorbem. v. § 373, Anm. 51, S. 658. Bis zum Verbot der Kreditgewährung an die Gastwirte für die Brauereien war der gewöhnliche Bierlieferungsvertrag ein in der Praxis häufig vorkommendes Beispiel für den Sicherungskauf.

a) Eine eigenartige Stellung nehmen in diesem Zusammenhang die sogenannten kaufmännischen Dispositions-Papiere[107]) ein. Schließen die Parteien einen Kauf gegen eines dieser Papiere — der Käufer ist dazu nicht etwa verpflichtet[108]), so treten mit der Übergabe der Urkunde an den legitimierten[109]) Indossatar die bekannten dinglichen Wirkungen ein: Mit dem Übergang der Urkunde erfolgt der Rechtserwerb (Eigentum, Pfandrecht), und für diesen Rechtserwerb an der Ware gilt auch die Übertragung des unmittelbaren Besitzes auf den Erwerber als vollzogen[110]). Rein tatsächlich gesehen, ist die Übergabe des Papiers keine Übergabe des Kaufgutes selber, aber das Gesetz fingiert sie, es läßt die Ware durch die Urkunde repräsentieren[111]), so daß die Übergabe des Papiers die gleichen Wirkungen wie die Übergabe der Ware selbst äußert[112]). Da mit der Übertragung des unmittelbaren Besitzes normalerweise auch der Übergabeerfolg hinsichtlich der Erfüllung hergestellt ist, bestehen keine Bedenken dagegen, auch den Eintritt der kaufrechtlichen Übergabe-Wirkungen für diese Fälle zu bejahen. So haben denn Rechtslehre und Rechtsprechung dies gerade für den Gefahrübergang, der in Zweifelsfällen stets die geeignete Kontrolle bildet, mit Recht ausdrücklich bejaht[113]).

Sicher kann man den Übergang eines Dispositionspapieres schon wegen der geschilderten Folgen nicht als bloße „Ersatzübergabe" bezeichnen. Dagegen läßt sich darüber streiten, ob man im Hinblick auf den Erfüllungserfolg nicht schlechthin von einer „Übergabe" im Sinne des § 433 BGB sprechen oder ob man auch hier einen Fall des Verzichts annehmen soll. Rein formal betrachtet, erscheint die Gleichung: „Übergabe des Papiers = Übergabe des Kaufguts" jedenfalls für den Rechtserwerb die einfachere Lösung zu sein. Wenn wir uns jedoch daran erinnern, daß der Käufer sich auf das Anbieten eines Dispositionspapiers nicht einzulassen braucht und daß die hervorgerufenen Wirkungen nur auf Grund

---

107) Das Konnossement der Seeschiffer (§ 647 HGB), der Ladeschein der Frachtführer (§ 450 HGB) und die indossierten Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten.

108) Komm. v. RGR, § 433, 8, a.

109) Ist der Erwerber aus dem Papier nicht legitimiert oder ist die Urkunde (Lagerschein) von einer nicht dazu ermächtigten Anstalt ausgestellt, so kann in der Übergabe und Entgegennahme des Papiers doch eine Abtretung des Herausgabeanspruchs liegen, vgl. RG 67, 152.

110) vgl. Düringer-Hachenburg, § 424,, IV, Anm. 9.

111) sog. Repräsentationstheorie, vgl. RG 89, 42.

112) RG 104, 411; 106, 337; Koenige, § 363, 4.

113) Düringer-Hachenburg, § 424, IV, 2, b Anm. 10; Komm. v. RGR, § 433, 8, a; RG 52, 354.

einer Fiktion entstehen, so muß man m. E. in dem Abschluß eines solchen Kaufs einen Verzicht (Erlaßvertrag) auf die eigentliche, körperliche Übergabe erblicken. Der Käufer gibt durch den Kauf gegen eine derartige Urkunde seinen Willen zu erkennen, dem Verkäufer die an und für sich mögliche Übergabe-Verpflichtung zu erlassen.

b) Haben wir für die Übertragungsakte der §§ 929, 2 und 854, II bereits festgestellt[114]), daß es hier an einer Verpflichtung des Verkäufers, die Kaufsache zu übergeben, überhaupt fehlt, weil der Käufer hier schon vor bezw. gleichzeitig mit diesen Einigungen das bekommt, was ihm sonst die „Übergabe" verschaffen soll, nämlich den realen Sachgenuß, den unmittelbaren Besitz zum Zwecke der Vertragserfüllung, so braucht an dieser Stelle darüber nichts weiter gesagt zu werden. Von einem Verzicht kann demnach in diesen Fällen nicht die Rede sein, da der Käufer infolge der einfachen tatsächlichen und rechtlichen Lage nichts mehr vom Verkäufer zu fordern hat, er also nichts aufgeben, nichts erlassen kann.

c) Wenn wir uns nun den Übereignungsakten der §§ 930, 931 und dabei zunächst dem Besitzkonstitut zuwenden, haben wir uns im wesentlichen mit der Frage befassen, ob im Abschluß eines Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne des § 868 regelmäßig ein Erlaß der vom Verkäufer zu vollziehenden Übergabe liegt.

Diejenigen, die dis bejahen[115]), begnügen sich meist mit der Begründung, das Besitzkonstitut erfordere eine Vereinbarung der Parteien, die den, wenn auch stillschweigenden Verzicht des Käufers auf die alsbaldige Übergabe in sich schließe.

Wenn auch ohne weiteres klar ist, daß die Verabredung eines Rechtsverhältnisses nach den §§ 930, 868 mit einem Erlaßvertrag zusammenfallen kann, so sagt doch obige Ansicht nichts darüber, worin der Anhaltspunkt für eine derartig grundsätzliche Abhängigkeit liegen soll. Er könnte darin bestehen, daß gerade diese Form der Übereignung der Kaufsache notwendigerweise oder jedenfalls der allgemeinen Lebenserfahrung nach die Aufgabe der dem Käufer zustehenden Übergabeforderung enthält. Ob eine solch weitgehende Abhängigkeit der beiden Vereinbarungen (Verabredung eines Besitzmittlungsverhältnisses und evtl. Erlaßvertrag) angenommen werden kann, wird allein aus dem Willensverhältnis der Par-

---

114) vgl. o. S. 9/10.

115) Oertmann, § 433, 2, a und in Ehrb. Hdb. IV, 2, §; v. Staudinger-Kober, § 433, IX, 1, a; Titze, S. 257; Düringer-Hachenburg, S. 26, Anm. 22; ebenso RG in LZ 1917, S. 1279.

teien heraus zu beantworten sein, denn der Wille oder besser der erklärte Wille bildet das Grundelement eines jeden Vertrages. Entscheidend ist also, ob beide Teile die Verabredung des Konstituts als die an die Stelle der „Übergabe" tretenden Erfüllungshandlung gelten lassen wollen.

Das folgende Beispiel eines Konstituts beim Kauf soll uns die Möglichkeit geben, das Willensverhältnis der Parteien, wie es sich einerseits bei der Verabredung des Besitzmittlungsverhältnisses und andererseits beim Erlaßvertrag äußert, auf Gehalt und Richtung hin zu prüfen: A kauft eine im Schaufenster des B'schen Geschäfts stehende Vase und bezahlt den Kaufpreis sofort. Nach dem Vertragsabschluß bittet B, die Vase noch einige Tage im Schaufenster behalten zu dürfen, bis er einige bereits bestellte Stücke desselben Fabrikats hereinbekommen habe. A ist damit einverstanden. Am folgenden Tage werden bei einem vor dem Geschäft stattfindenden Verkehrsunfall die Schaufensterscheibe und die dahinter befindliche Vase zertrümmert. — Dadurch, daß A dem B die Vase noch für einige Tage überließ, ist zu der mit dem Kauf gleichzeitig erfolgten dinglichen Einigung die Vereinbarung eines Besitzmttlungsverhältnsses im Sinne des § 868 hinzugekommen, das seiner rechtlichen Natur nach als Leihe[116]) aufzufassen ist, also ein Vertrag, der eine unentgeltliche Gebrauchsgestattung zum Inhalt hat. Damit ist A im Wege des constitium possessorium Eigentümer geworden. Hat das Leihverhältnis auch die kaufrechtliche „Übergabe" ersetzt, hat der Käufer A dadurch, daß er dem B die Vase zur Leihe überließ, auf die „Übergabe" im Sinne des § 433 verzichtet? Ein solcher Verzicht könnte dann bejaht werden, wenn sich aus dem Umstand, daß sich der Verkäufer die Kaufsache entliehen hat, ein Verzichtswille des Käufers auf die ihm zustehende Übergabeforderung rechtfertigen ließe.

Die Klärung des Willensverhältnisses der Parteien muß sich m. E. gerade beim stillschweigenden Erlaßvertrag nach der jeweiligen Interessenlage richten. Die Leihe, die man auch zu dem sogenannten „Gefälligkeitsverhältnissen"[117]) rechnet, wird regelmäßig im Interesse des Empfängers (Entleihers) abgeschlossen. Man wird in ihrem Abschluß nur dann einen Verzicht des Käufers auf die „Übergabe" erblicken können, wenn damit nicht noch eine über den Leihzweck hinausgehende Verschlechterung seiner Gesamtposition gegenüber seinem Verkäufer und Ent-

116) Die Leihe ist ein sogenannter unvollkommen zweiseitiger Vertrag, vgl. Komm. v. RGR, Vorbem. 1 vor § 598; Oertmann, Vorbem. 4 vor § 598.

117) vgl. Kuhlenbeck in JW 04, 226; Planck-Strohal, Vorbem. III vor § 598.

leiher eintritt. Würde man in unserem Falle einen Verzicht annehmen, so wäre mit dem Konstitut, als der an die Stelle der Übergabe getretenen Erfüllungshandlung, die Gefahr auf den Käufer A übergegangen, trotzdem B die Sache nach wie vor im unmittelbaren Besitz hat. Da dem A weder aus Eigentum noch aus Leihe ein Ersatzanspruch[118]) für den zufälligen Untergang gegen B zusteht, so träfe ihn der Schaden, während der andere Teil, dem die Sache aus Gefälligkeit überlassen war und sie in seiner Gewalt hatte, frei ausgeht. Dieses offenbar unbillige Ergebnis verbietet m. E. jede andere Auslegung als die, daß der Käufer sich durch den Abschluß des Leihvertrages in keiner Weise seiner Rechte aus dem Kauf, insbesondere seines Anspruchs auf Erfüllung der Übergabeverpflichtung begeben wollte. Wenn also nicht ausnahmsweise besondere Umstände vorliegen, besteht für den Käufer nicht das geringste Interesse daran, dem Verkäufer seine Schuld zu erlassen. Jedenfalls läßt, mangels gegenteiliger Äußerungen, in unserem Beispiel die Willenseinigung der Parteien keine über den Zweck der unentgeltlichen Gebrauchsgestattung hinausgehende Zielrichtung erkennen.

Kohler[119]) will das genannte unbillige Ergebnis dadurch vermeiden, daß er für den Fall, in dem der Käufer nach Kaufabschluß die Kaufsache noch dem Verkäufer für kurze Zeit überläßt, überhaupt kein Konstitut und damit auch keinen Eigentumsübergang annimmt. Es sei gebräuchlich und verkehrsmäßig, daß dann der Verkäufer die Sache nicht als Entleiher innehaben, sondern „als Eigentümer benutzen wird, daß er also seine Stellung als Eigner behält und nicht in die Rolle eines Entleihers, eines fremden Benützers herabsteigt“[120]).

Diese Deutung mag für die Fälle zutreffen, bei denen es den Parteien um baldige Erfüllung des Kaufvertrages, insbesondere um die Rechtsverschaffung, nicht so sehr zu tun ist. Sie zu verallgemeinern, und als die „verkehrsmäßige“ zu bezeichnen, besteht weder Anlaß noch Notwendigkeit: Denn nicht selten wird der Käufer, der zwar aus Gefälligkeit noch nicht den sofortigen Sachgenuß verlangt, immerhin großen Wert darauf legen, wenigstens gleich Eigentümer zu werden, sei es aus vermögensrechtlichen Gründen, sei es z. B. um als Berechtigter weiterverfügen und schließlich im Falle des Konkurses des Verkäufers aussondern zu können.

---

118) In beiden Rechtsbeziehungen herrscht gem. §§ 989 ff und 276 das Verschuldensprinzip.
119) ArchBürgR 18, 75 („Vertrag und Übergabe).
120) Kohler, a. a. O.

So stellen wir fest, daß, wenn der Verkäufer sich die Kaufsache nach Kaufabschluß vom Käufer ausleiht und so das Eigentum gemäß § 930 überträgt, von einem Verzicht auf Erfüllung der Übergabeverpflichtung nicht die Rede sein kann. Weder die dingliche Einigung noch die Verabredung der Leihe geben irgendeinen Anhaltspunkt für eine derartige Möglichkeit.

Wandeln wir unser Beispiel dahin ab, daß nicht der Verkäufer die Vase für sich behalten will, sondern daß der Käufer darum bittet, sie ihm noch für einige Tage aufzubewahren, dann bedeutet diese Abrede entweder ein bloßes Nebenabkommen zum Kauf, das die gewöhnliche Verwahrungspflicht[121]) des Verkäufers bis zur Ablieferung verstärken soll oder wieder ein Besitzkonstitut, das hier aber nicht „Leihe", sondern „Verwahrung" im Sinne des § 688 BGB heißt. Was im einzelnen Falle gewollt ist, wird sich danach richten, ob „der Verkäufer sich mit dem Vertrag allen Vorteils der Sache begibt und die Sache nur noch im Interesse des Käufers weiter innehaben wird" oder ob „die Weiterinnehabung des Verkäufers seine eigenen egoistischen Interessen befriedigen soll"[122]). Natürlich ist auch hier wieder die Stellung des Käufers zu seinem Übereignungsanspruch zu berücksichtigen[123]). Trotzdem wird die Entscheidung oft zweifelhaft sein, zumal sich auch andere Abkommen wie Geschäftsbesorgung oder ein Dienstverhältnis leicht an den Kauf anschließen und dann ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 darstellen können[124]), was für die Übereignung nach § 930 ebenfalls genügt.

Hält man nun auf Grund der tatsächlichen Umstände, insbesondere z. B. weil eine besondere Vergütung vereinbart ist[125]), einen selbständigen Verwahrungsvertrag[126]) nach § 688 für gegeben, so stehen wir doch nicht der gleichen Rechtslage gegenüber wie bei der Leihe: während dort die Sachüberlassung im Interesse des Verkäufers (Empfängers) erfolgte, ist es hier umgekehrt gerade der Käufer (Hingebende)[127]), der ein Inter-

121) Diese bedarf keiner besonderen Zusage des Verkäufers, sie ergibt sich gem. §§ 157, 242 unmittelbar aus dem Kaufvertrag. vgl. Düringer-Hachenberg, S. 42, Anm. 38.
122) Kohler, ArchBürgR 18, 76.
123) vgl. o. S. 25.
124) vgl. Warneyer, Rspr. 1916 Nr. 83.
125) Düringer-Hachenburg, a. a. O., Anm. 39.
126) In der Praxis häufig beim Bankgeschäft: der Kunde gibt seinem Bankier das von ihm gekaufte Papier in Depot.
127) Oertmann, Vorbem. v. § 688, 6, e.

esse an der Gebrauchsüberlassung hat. Wenn der Käufer zwar auch in diesem Falle weder aus Eigentum noch aus Verwahrung einen Ersatzanspruch bei zufälligem Untergang der Sache hat, so fällt das hier doch nicht so stark ins Gewicht wie dort, denn nicht er, sondern der Verkäufer übernimmt bei der Verwahrung aus „Gefälligkeit"[128]) eine über den eigentlichen Rahmen des Kaufs hinausgehende Verpflichtung, so daß er auch die ihm nachteiligen Folgen tragen muß. M. E. würde die Unbilligkeit hier auf der Seite des Verkäufers liegen, wenn man ihn, der an und für sich zur „Übergabe" bereit ist, und sie nur im Interesse des Käufers nicht vollzieht, die Gefahr des zufälligen Unterganges noch weiter tragen läßt. Das ergibt auch der gleiche Rechtsgedanke, der den Gefahrübergang bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen an den Annahmeverzug knüpft. Ein Käufer, der aus eigenem Antrieb eine Verzögerung der Erfüllung veranlaßt, verzichtet damit auf ein ihm zustehendes Recht, das hier sofortige „Übergabe" heißt. Auch die Tatsache, daß der Verkäufer als Verwahrer eine Vergütung bezahlt bekommt, steht dieser Auffassung nicht entgegen, denn er hat ja — im Gegensatz zu Leihe — dem Käufer schon für leichte Fahrlässigkeit zu haften. Man kann somit in dem Abschluß eines sich an den Kauf anschließenden selbständigen Verwahrungsvertrages, der gemäß §§ 930, 868 das Eigentum an der Kaufsache auf dem Käufer überträgt, einen gleichzeitigen Erlaß der Übergabeverpflichtung sehen, sodaß — im Gegensatz zur Leihe — die Gefahr mit der an die Stelle der „Übergabe" tretenden Erfüllungshandlung der Verabredung des Besitzkonstituts, auf den Käufer übergeht.

Aus dieser Gegenüberstellung von Leihe und Verwahrung als Beispiele des constitium possessorium können wir für unsere Untersuchung zwei wichtige Erkenntnisse entnehmen:

1. Der Satz, daß in der Verabredung eines Besitzvermittlungsverhältnisses im Sinne des § 868, durch das der Käufer Eigentum an der gekauften Sache gemäß § 930 erwirbt, regelmäßig ein gleichzeitiger Verzicht auf die kaufrechtliche „Übergabe" zu erblicken ist[129]), besteht zu Unrecht.

2. Ein Verzicht auf Erfüllung der Übergabe-Verpflichtung ist nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit möglich. Der Verzichtswille muß auf jeden Fall erkennbar sein. Er kann auch mangels anderer Umstände aus der Ver-

---

128) nicht im technischen Sinne zu verstehen, da man davon nur bei unentgeltlichen Verträgen sprechen kann.

129) vgl. o. S. 11/12, 20.

einbarung eines Besitzkonstituts entnommen werden, wenn die Art des „besonderen Rechtsverhältnisses" darauf hindeutet, daß die Gebrauchsüberlassung bezw. Nutzung der Kaufsache vorwiegend dem Interesse des Verkäufers dienen soll[130]). — Diese Interessenlage läßt sich nicht nur bei Leihe und Verwahrung, sondern bei jedem in den Rahmen des § 868 fallenden Rechtsverhältnis feststellen, vermöge dessen der Verkäufer „auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist"[131]).

b) Ein Teil derjenigen Schriftsteller, die beim Konstitut ohne Rücksicht auf das Rechtsverhältnis einen Verzicht des Käufers auf die „Übergabe" für selbstverständlich halten, lehnen das hinsichtlich der Abtretung des Herausgabeanspruchs mit gleicher Entschiedenheit ab[132]). Hier bekomme der Käufer den Besitz nicht, wie das Gesetz es wolle, vom Verkäufer, sondern müsse ihn sich erst mit Hilfe eines Prozesses vom Drittbesitzer verschaffen[133]). Von denen, die für die Anspruchsabtretung in gleicher Weise wie für das Besitzkonstitut einen regelmäßigen Verzicht auf die „Übergabe" bejahen[134]), wird entweder von der gleichen Behandlung der Ersatzübergabe in den Vorschriften der §§ 929 ff. ausgegangen oder meist nur darauf hingewiesen, daß mangels abweichender Bestimmungen auch diese Möglichkeit genügen müsse[135]).

Die Vorschriften der §§ 929 ff an dieser Stelle heranzuziehen erscheint nicht nur fehlerhaft, sondern auch unlogisch. Denn wie weit der kaufrechtliche Übergabebegriff mit dem dinglichen wesensgleich ist oder sich von ihm unterscheidet, soll ja gerade geklärt werden. Niemals kann deshalb die Art der Behandlung der Ersatzübergabe in den Bestimmungen der §§ 929 ff irgendwie für die Erörterung unserer Frage von Bedeutung sein. Ob in der Abtretung des Herausgabeanspruchs durch den Verkäufer nicht nur eine Übereignung nach § 931, sondern gleichzeitig ein Erlaß der kaufrechtlichen „Übergabe" liegt, beurteilt sich vielmehr auch hier wieder nach dem Willensverhältnis der Parteien. Dabei sollen unter

---

130) Eine allgemeine alle möglichen Fälle des Besitzkonstituts umfassende Regel läßt sich nicht aufstellen, daher sind alle diejenigen im Unrecht, die die Frage nach dem Verzicht hinsichtlich des § 930 einheitlich, sei es positiv, sei es negativ beantworten, vgl. S. 11.

131) Überläßt der Käufer dem Verkäufer z. B. die Sache zur Miete, so wird das Interesse auf der Verkäuferseite liegen .

132) vgl. S. 12, 20 Anm. 115.

133) so Oertmann, § 433, 2, a und in EhrbHdb. S. 394; Enneccerus Lehmann, S. 356, Anm. 1.

134) Schollmeyer, S 18; Kisch, S. 62; Martinius in ArchBürgR S. 17, 54; Landsberg, S. 425, § 127; Krahmer, S. 127.

135) Kisch, a. a. O.; Krahmer, a. a. O.

„Herausgabeanspruch" nicht die Fälle verstanden werden, in denen der Veräußerer überhaupt keinen Besitz hat (z. B. der Bestohlene, der Verlierer), die zwar gleichwohl das Eigentum übertragen[136]), dem Käufer aber nicht einmal die sichere Möglichkeit geben, überhaupt jemals[137]) den realen Sachgenuß zu erlangen. Nicht bloße Bestimmbarkeit wie für die Übereignung, sondern genaue Bestimmtheit des Dritten ist Voraussetzung.

Der Vertrag, den Veräußerer und Erwerber gemäß § 931 schließen, hat nichts anderes als eine gewöhnliche Abtretung im Sinne des § 398 zum Inhalt, durch die die bisher dem Veräußerer zustehende Herausgabeforderung gegen einen Dritten auf den Erwerber übergeht: Der Zedent erklärt, daß seine Forderung gegen den Dritten von nun ab dem Zessionar zustehen soll, während dieser erklärt, die Forderung gegen den Dritten als seine eigene anzunehmen. Daß die Parteien des Abtretungsvertrages gleichzeitig Verkäufer und Käufer sind, gibt ihren Erklärungen nicht ohne weiteres eine auch auf den Kauf gerichtete Wirkung. Im Gegenteil, diese Vereinbarung berührt sich noch weniger als das Besitzkonstitut mit den Verpflichtungen aus dem Kaufgeschäft. Während das Konstitut immerhin noch eine, wenn auch besonders geartete Abrede über die verkaufte Sache selbst enthält, bezieht sich die Willenseinigung der Parteien im Falle des § 931 unmittelbar überhaupt nicht auf die zu „übergebende" Sache, sondern allein auf den Anspruch (das Recht) auf Herausgabe. Es besteht deshalb hier erst recht kein Anlaß, schon aus der bloßen Tatsache der Abtretung des Herausgabeanspruchs zum Zwecke der Übereignung auf einen Erlaß der „Übergabe" zu schließen. Man wird vielmehr auch hier fordern müssen, daß ein dahingehender Wille, wenn er nicht ausdrücklich erklärt wird, nur aus solchen Umständen entnommen werden darf, die die Abtretung als Erfüllungshandlung verständlich erscheinen lassen.

Wenn auch der Übertragungsakt des § 931 nicht soviele, voneinander abweichende Gestalten annimmt wie das Besitzkonstitut infolge der einzelnen „besonderen Rechtsverhältnisse" im Sinne des § 868, so lassen sich doch auch hier verschiedene Möglichkeiten denken, die nach Verkauf

136) Inhalt des sachenrechtlichen Herausgabeanspruchs ist im eigentlichen Sinne nicht die rei vindicatio, sondern normalerweise die Abtretung des mittelbaren Besitzes z. B. gegen den Mieter, Verpfänder usw., vgl. Wolff, § 67, II, 1; v. Staudinger-Kober, § 931, 1; a. M. Komm. v. RGR § 931, 5.

137) Hierbei müssen naturgemäß auch Erfüllungszeit und Erfüllungsort gänzlich offen bleiben.

einer Sache zur Anspruchsabtretung führen können. Nicht so sehr entscheidend ist dabei die Art des abgetretenen Anspruchs als vielmehr wiederum das Interesse, das die Parteien an einer derartigen Erfüllungsform haben könnten. Für den Verkäufer wird in allen Fällen des § 931 das gleiche Interesse bestehen: Er will die ihm gehörige, aber im unmittelbaren Besitz eines Dritten befindliche Kaufsache auf dem einfachsten Wege an den Käufer leiten, also durch Abtretung des Herausgabeanspruchs, den er sonst selber gegen den Dritten geltend machen müßte. Nicht so eindeutig stellt sich dieser Weg für den Käufer dar: Kennt er von Anfang an die zwischen Verkäufer und Dritten bestehende Rechtsbeziehung (Miete, Pfand, entgeltliche Verwahrung u. a.) und entschließt er sich in Kenntnis dieser Beziehung zum Kauf der Sache, so wird es ihm in der Mehrzahl der Fälle vorwiegend darauf ankommen, die Sache dinglich zu erwerben und in die vorhandene Rechtsbeziehung an die Stelle des Verkäufers zu treten. Dann wird er sich mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs vollauf zufriedengeben und dem Verkäufer ohne Not die Übergabeverpflichtung erlassen. Erfährt dagegen der Käufer, der einen bestimmten Gegenstand erwerben will, erst bei den Kaufverhandlungen, daß sich dieser Gegenstand im Besitz eines Dritten befindet, so wird er sich mit der Abtretung einer Forderung nicht ohne weiteres im Sinne voller Erfüllung begnügen wollen. Man muß vielmehr mangels abweichender Willensäußerung bei solcher Sachlage davon ausgehen, daß der Anreiz für den Käufer nicht nur die rechtliche, sondern auch die tatsächliche Erlangung der Sache unmittelbar vom Verkäufer bildet. Aus Billigkeitsgründen muß jedenfalls die Pflicht des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises entfallen, wenn die Sache vor der Herausgabe[138]) an ihn durch Zufall untergeht (Gefahr)[139]).

So läßt sich für die Anspruchsabtretung noch weniger als beim Besitzkonstitut eine alle vorkommenden Fälle umfassende Regel aufstellen, es ist lediglich Tatfrage, ob ihre Entgegennahme als ein Verzicht des Käufers auf die „Übergabe" der Kaufsache gewertet werden kann.

Daß der Anspruch, soll die Abtretung wirksam sein, keinesfalls mit

---

138) Wegen eines etwaigen Mißbrauchs des Käufers durch unberechtigtes Hinauszögern; vgl. S. 16.

139) Daß die den Gefahrübergang bewirkende tatsächliche Übertragungshandlung nicht vom Verkäufer selbst, sondern eben von einem dritten vorgenommen wird, erscheint im Hinblick auf das grundsätzliche Leistungsrecht eines Dritten (§ 267) zulässig. vgl. auch S. 17.

Rechtsbeschränkungen für den Erwerber belastet sein darf[140]), ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 434.

Für beide Übertragungsakte gilt somit der Satz: Der Käufer **kann**, aber er **braucht** diese Handlungen nicht als Ersatz der kaufrechtlichen „Übergabe" im Sinne vollwertiger Vertragserfüllung anzunehmen.

§ 9.

a) Von den Vorschriften des BGB über den Kauf, die die „Übergabe" ausdrücklich erwähnen, bedarf auch die Bestimmung des § 477, I besonderer Hervorhebung. Ihre Bedeutung für unsere Untersuchung erhellt aus der Unterscheidung von „Übergabe" und „Ablieferung".

Gemäß § 477, I, 1 verjähren die Gewährleistungsansprüche des Käufers „sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahr von der Übergabe an." Je nachdem es sich um bewegliche Sachen oder um Grundstücke handelt, setzen also „Ablieferung" und „Übergabe" die Verjährungsfristen in Lauf. Die Auswahl dieser beiden Zeitpunkte ist sicher keine zufällige, und es fragt sich nur, worin diese sich ihrem Wesen nach unterscheiden.

Einige der Schriftsteller, die den kaufrechtlichen Übergabebegriff nicht von dem der §§ 929 ff trennen wollen[141]), glauben in dieser Verjährungsvorschrift eine gesetzliche Bestätigung der von ihnen vertretenen Meinung gefunden zu haben. Mit „Ablieferung" habe der Gesetzgeber die körperliche Übertragung der Kaufsache, der nur die brevimanu traditio gleichzusetzen sei, mit „Übergabe" dagegen den weiteren, auch die Formen der §§ 930, 931 umfassenden Rechstbegriff bezeichnen wollen[142]).

Nach unserer vorherigen Erörterung[143]) besteht auch im Rahmen des § 477 kein Anlaß, auf diese Ansicht erneut einzugehen, es sei denn, daß dieser Bestimmung ein anderer Übergabebegriff als im übrigen Kaufrecht zugrunde liegt[144]). Hierfür ist jedoch weder ein äußerer Anhaltspunkt, noch ein innerer Grund ersichtlich. Die Beschränkung der „Übergabe" in

---

140) Bay ObLG in Bay Z 34, 126; J. W. 1927, 667, 11; Staub-Hainichen, Vorbem. v. § 373, Anm. 56.

141) vgl. o. S. 11.

142) So Warneyer, § 474, IV; Kloß in Sächs. Arch 99, 307; Emerich, S. 44; Oertmann, § 477, 2, b; Kisch in Grünh. Z. 29, 258 und hinsichtlich des c. p. von Staudinger-Kober, § 477, 4, b.

143) vgl. §§ 7 und 8.

144) so Oertmann, a. a. O.; Emerich, a. a. O.

§ 477 auf die Grundstücksgewähr besagt jedenfalls nichts derartiges, denn daß auch Grundstücke zum Zwecke des Kaufs zu übergeben sind, ergeben schon die §§ 433, 446. So bestehen keine Bedenken, die oben getroffenen Feststellungen[145]) über die Bedeutung der Akte der §§ 930, 931 im Gebiete der Erfüllung gleichermaßen auch für die „Übergabe" des § 477, I, 1 gelten zu lassen. Nur muß man sich darüber klar sein, daß Besitzkonstitut und Anspruchsabtretung bei der Übertragung von Grundstücken auch sachenrechtlich bloßen Besitzerwerb[146]) bewirken[147]).

Soweit wir oben jedoch die Möglichkeit einräumten, daß die besonderen Umstände des einzelnen Falles auf den Willen des Käufers schließen lassen können, einen dieser Akte als Erfüllungshandlung entgegenzunehmen (im Wege des Verzichts), bleibt allerdings die Frage offen, ob diese Möglichkeit den Wesensunterschied zwischen Ablieferung und Übergabe ausmacht.

Wenn Emerich[148]) dazu auf die besondere Entstehungsgeschichte der genannten Vorschrift hinweist, so ist ihm zunächst zuzugeben, daß die zweite Kommission den im Entwurf ursprünglich für die Verjährung der Gewährleistungsansprüche bei beweglichen Sachen vorgesehenen Zeitpunkt der Übergabe[149]) durch den der Ablieferung[150]) ersetzt hat. Aus dieser Tatsache ohne weiteres eine Unterscheidung im vorerwähnten Sinne zu folgern, ist m. E. jedoch nicht angängig. Denn es muß auch an dieser Stelle, wie schon zu § 433[151]) geschehen, betont werden, daß der Begriff der „Übergabe" zur Zeit der Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch noch zu wenig feststand[152]), als daß man aus seiner Verwendung oder Nichtverwendung klare Schlüsse hinsichtlich seines Umfanges ziehen könnte.

Wohl aber mögen uns Sinn und Zweck der Regelung des § 477, I, 1 einen Hinweis dafür geben, worauf es dem Gesetzgeber bei Abfassung dieser Vorschrift ankam: nämlich durch die Kürze der Verjährungsfristen für alle Ansprüche aus der Mängelgewähr einen Ausgleich[153]) dafür zu schaffen, daß das BGB einerseits den Verkäufer für Mangelhaftigkeit im Sinne des § 459 ohne jedes Verschulden haften läßt und andererseits

145) vgl. o. S. 24, 25 und 27, 28.
146) mittelbaren Besitz.
147) vgl. Crome, §223, Anm. 9.
148) a. a. O.
149) Mot. II, 239.
150) Prot, I, 701.
151) vgl. o. S. 10/11.
152) so auch Planck-Strohal, §477, 4, a.
153) vgl. Schultze in ArchBürgR 30, 148; Emerich, S. 50.

dem Käufer keine Untersuchungspflicht bei Entgegennahme der Leistung auferlegt. Der Käufer soll bei der Gefahr, seine Gewährleistungsrechte zu verlieren, möglichst rasch Klarheit darüber herstellen, ob und welche Ansprüche er aus der angeblichen Mangelhaftigkeit geltend machen will. Um nun jede Unsicherheit von Anfang an auszuschließen und weil man es für wünschenswert hielt, „den Beginn der Verjährung an einen Zeitpunkt zu knüpfen, in welchem dem Käufer die Möglichkeit gegeben sei, tatsächlich über die Sache zu verfügen, sie zu untersuchen und etwaige Mängel zu entdecken“[154]), erscheint es verständlich, daß man sich für den aus dem Handelsrecht bekannten Begriff der „Ablieferung“ entschied, der für die dort bestehende kaufmännische Untersuchungspflicht den maßgeblichen Zeitpunkt bildet.

b) Wie die Übergabe betrifft auch die Ablieferung den Übergang der gekauften Ware vom Verkäufer auf den Käufer. Man definiert sie in der Regel als den „tatsächlichen Vorgang, der es dem Käufer ohne weiteres ermöglicht, sich in den Gewahrsam der Sache zu setzen und über sie zu verfügen[155]). Das rein tatsächliche[156]) Handeln bildet das eine Wesenselement der „Ablieferung“. Sie wird meist unter Mitwirkung des Käufers erfolgen, notwendig ist das aber nicht, da sie einen einseitigen Akt des Verkäufers darstellt[157]). Zwar entspricht der Entäußerungshandlung des Verkäufers eine ebenfalls rein körperliche Hinwegnahme der Sache durch den Käufer, die sogenannte „Abnahme“[158]), diese gehört jedoch nicht mehr zur eigentlichen Ablieferung. Vielmehr lassen sich die beiden, gleichermaßen einseitigen Handlungen nicht nur rechtlich, sondern in vielen Fällen auch tatsächlich voneinander scheiden. Die eine beginnt logisch in dem Augenblick, in dem die andere beendet ist, und erst zusammengenommen bewirken sie diesen körperlichen Übertragungsvorgang

---

154) Prot I, 702.

155) vgl. Düringer-Hachenburg, S. 28 Anm. 24; RG 5, 31 ff., 91, 290; 92, 273; RG in JW 05, 79; 08, 341; in Gruch 43, 763. Verfügen hier nicht im rechtlichen sondern im wirtschaftlichen und tatsächlichen Sinne.

156) a. M. Ritter, § 377, S. 553, der in ihr ein Willensgeschäft“ sieht — eine Ansicht, die im Gesetz keinerlei Stütze findet.

157) RG 5, 31; in LZ 09, 679; Bolze, 16, Nr. 416; OLG 8, 390; 11, 411; v. Staudinger-Kober, § 433 Anm. 10; Planck-Strohal, § 477, 4 a; Komm. v. RGR § 433, 8; a. M. Staub-Heinichen, § 377 Anm. 4; Ritter, a. a. O.; RG in JW 04, 46[16].

158) Gemeint sind nicht etwa die vielfach mit „Abnahme“ bezeichneten rechtsgeschäftlichen Handlungen des Käufers wie z B. Abruf, Spezifikation u. a..m. sondern allein die dem Käufer in § 433, II auferlegte Verpflichtung (Haupt- bezw. Nebenverpflichtung).

der Kaufsache. Abgeliefert ist die Ware also schon, wenn der Käufer diejenige tatsächliche und räumliche Beziehung zur Ware erlangt hat, die ihm die einseitige Inbesitznahme und Verfügungsmöglichkeit gestattet[159]), „abgenommen" dagegen erst dann, wenn der Käufer von der tatsächlichen Zugriffsmöglichkeit Gebrauch gemacht hat[160]). Wird die genannte Beziehung nicht hergestellt, oder hat der Käufer keine Kenntnis[161]) davon erlangt, daß ihm die Ware zur Prüfung zur Verfügung steht — denn nur dann kann man von einer wahren Untersuchungsmöglichkeit sprechen[162]) —, so ist die Ablieferung gescheitert. Verweigert der Käufer dagegen die Abnahme der bereitgestellten Kaufsache, obwohl er in der Lage ist, durch einseitige Handlung den Gewahrsam zu erlangen, so gerät er zwar in Abnahmeverzug, die Ware bleibt aber abgeliefert und die Verjährungsfrist des § 477, I beginnt zu laufen[163]).

Eine Ablieferungshandlung erübrigt sich, wenn der Käufer bereits im Sinne des § 854, II „in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben"[164]) und erst recht, wenn er bereits gemäß § 929, 2 den unmittelbaren Besitz hat. Es muß deshalb in noch stärkerem Maße wie bei der Übergabe als mißverständlich empfunden werden, wenn hier von einer „Gleichsetzung" dieser Akte mit der Ablieferung gesprochen wird[165]). Darüber, daß weder die Übergabe kaufmännischer Dispositionspapiere noch die Ersatzhandlungen der §§ 930, 931 die Ablieferung ersetzen können, herrscht Übereinstimmung[166]). In all diesen Fällen wird dem Käufer nicht die erforderliche Untersuchungsmöglichkeit gewährt. Schon aus diesem Grunde muß hier die Frage des Verzichts ausscheiden. Im übrigen würde ein Verzicht auf die Ablieferung einen gleichzeitigen Verzicht auf die Abnahme gebieten.

---

159) vgl. Staudinger-Kober, a. a. O. — Beim Versendungskauf ist deshalb grundsätzlich erst Ankunft am Bestimmungsort Voraussetzung. Aushändigung an den vom Käufer (nicht Verkäufer) betrauten Spediteur oder Frachtführer genügt auch, vgl. Düringer-Hachenburg, §377 Anm. 11; Staub-Hainichen, a. a. O.

160) Oft wird die körperliche Übertragung vorwiegend nur durch eine der beiden Handlungen erfolgen, nämlich dann, wenn der Verkäufer mehr als „zur Verfügung" stellt oder der Verkäufer, ohne einen Akt des Verkäufers abzuwarten, „hinwegnimmt" und ihn im eigentlichen Sinne von der Sache „befreit".

161) Das ist die einzige Beteiligung des Käufers, die stets gefordert werden muß.

162) so auch Staub-Hainichen, a. a. O.

163) Beim Handelskauf treten außerdem die im HGB an die „Ablieferung geknüpften Wirkungen ein.

164) Im allgemeinen tritt der Besitzwechsel mit der „Abnahme" ein, da erst dann volle tatsächliche Sachherrschaft begründet wird.

165) vgl. o. S. 28, insbesondere Anm. 141.

166) vgl. statt aller Oertmann, § 477, 2.

Nach all dem charakterisiert sich die „Ablieferung“ ihrer Rechtsnatur nach sowohl als ein rein tatsächlicher als auch ein rein einseitiger Akt des Verkäufers.

c) Soweit wir bisher die Rechtsnatur der „Übergabe“ untersucht haben, hat es den Anschein, als ob sie der „Ablieferung“ eher verwandt als entgegengesetzt sei. Denn wir haben festgestellt: Die Übergabe ist eine Verpflichtung des Verkäufers, sie dient der Erfüllung des Kaufvertrages. Die Erfüllung geschieht in der Regel durch Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft, während die Verschaffung mittelbaren Besitzes nicht genügt. Die Akte der §§ 930, 931 können jedoch Erfüllungshandlungen sein, wenn im einzelnen Falle ein Verzicht auf die Übergabe erkennbar ist. Hinsichtlich der „Ablieferung“ läßt sich zu den einzelnen Punkten folgendes sagen: Auch die Ablieferung ist eine Verpflichtung des Verkäufers. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehoben, ergibt sich aber schon aus der Betonung der „Abnahme“, die, wie wir gesehen haben, grundsätzlich eine Ablieferungshandlung voraussetzt. Besteht der unmittelbare Zweck der Ablieferung auch in der Herstellung der vorerwähnten Untersuchungsmöglichkeit[167]), so soll dies doch auch „in Erfüllung des Kaufvertrages[168]) erfolgen, die auch hier das letzte Ziel darstellt. Den unmittelbaren Besitz erhält der Käufer noch nicht durch die Ablieferung[169]), aber es fehlt zu seiner Erlangung nur noch der einseitige Zugriff durch den Käufer. Der mittelbare Besitz genügt hier ebensowenig wie dort, und die Akte der §§ 930, 931 versagen gänzlich.

Bis auf den letzten Punkt zeigt sich in all den genannten Beziehungen eine Gemeinsamkeit, auf jeden Fall aber eine starke Ähnlichkeit zwischen den beiden Begriffen, so daß es so aussieht, als ob in der Frage des Verzichts die einzige ins Gewicht fallende Abweichung liegt. Endgültig kann zu dem Wesensunterschied zwischen den beiden Begriffen jedoch erst Stellung genommen werden, wenn wir die „Übergabe“ auch auf die die „Ablieferung“ charakterisierenden Grundmerkmale[170]) hin untersucht haben.

Beginnen wir mit dem Merkmal der „Tatsächlichkeit“. Wir haben oben[171]) gesehen, daß in der Regel durch Übertragung der tatsächlichen

---

167) vgl. S. 30, 31.
168) RG 73, 391.
169) Die Ablieferung ist trotz ihrer Tatsächlichkeit kein sachenrechtlicher Begriff.
170) vgl. o.
171) vgl. S. 9.

Sachherrschaft „übergeben" wird. Liegt nicht schon in dieser Bezeichnung die Bestätigung der Tatsächlichkeit, und spricht nicht auch der der Bestimmung des § 446 zugrunde liegende Rechtsgedanke dafür? Gewiß, wir haben die Erlangung der tatsächlichen Gewalt als den Normalfall der kaufrechtlichen Übergabe kennengelernt und in diesem Moment auch den notwendigen Anhalt für den Übergang der Gefahr erblickt. Aber wir haben damit keine begriffliche Erklärung im Sinne einer Gleichsetzung[172]) gegeben, sondern lediglich den gewöhnlichen Weg gezeichnet, der bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen erfahrungsgemäß zum angestrebten Erfolg führt, weil er dessen Anforderungen genügt. Wenn wir nun allerdings fragen, ob über die getroffene Feststellung hinaus und unabhängig von ihr eine solche Gleichsetzung überhaupt möglich ist, so ist dazu folgendes zu sagen: Eine Gleichsetzung wäre möglich, wenn auf Seiten des Käufers nicht mehr notwendig wäre als auf Seiten des dinglichen Erwerbers, also höchstens der natürliche — nicht juristische — Wille zur Gewaltbegründung[173]). Der Käufer will aber nicht bloße tatsächliche Gewalt begründen, sondern er will eine Leistung entgegennehmen, er will im Sinne des Kaufvertrages befriedigt werden[174]). Dieser Wille zielt somit unmittelbar auf Erfüllung und wird dadurch geäußert, daß der Käufer die Leistung „annimmt".

Mit der Annahme rühren wir schon an das zweite Merkmal, auf das wir die „Übergabe" prüfen wollen. Im Schrifttum[175]) wird meist ohne weitere Begründung bemerkt, die „Annahme" entspreche der „Übergabe" so wie „Abnahme" der „Ablieferung".

Sicher ist, daß Übergabe und Annahme in einem bestimmten Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander stehen. Dieses Verhältnis ist, juristisch gesehen, jedoch ein ganz anderes als das zwischen Ablieferung und Abnahme. Während dort die eine der anderen zeitlich folgt, die Abnahme logischerweise eine vollendete Ablieferung voraussetzt, läßt sich hier eine derartige Ablösung der einen Handlung durch die andere nicht erkennen. Man kann diese Art der Abhängigkeit auch nicht auf dem Umweg über § 293 konstruieren, denn diese Vorschrift gibt keinen Hinweis auf den Zeitpunkt, in dem etwa die Annahme beginnen soll, sondern sie

---

172) vgl. S. 9.
173) vgl. Biermann, § 854, 3, b; Wolff, § 11, I.
174) Urt. d. KG in Olg. 23, 28: „Die Übergabe ist eine Willensbetätigung des Veräußerers und des Erwerbers".
175) v. Staudinger-Kober, § 433, Anm. 142; Düringer-Hachenburg, S. 78, Anm. 79; Staub-Hainichen, § 377, Anm. 16; ebenso OLG 8, 390.

spricht gerade von der Nichtannahme, die einerseits ein Leistungsangebot[176]) des Schuldners voraussetzt und andererseits den Gläubiger in Verzug bringt. Wir müssen uns vielmehr mit der Tatsache abfinden, daß sich eine für alle praktischen Fälle gleichlaufende Trennungslinie zwischen Übergabe und Annahme nicht finden läßt. Der mit der „Übergabe" angestrebte Erfüllungserfolg kann nicht allein durch die Leistung des Verkäufers, sondern erst durch die seiner Leistung entsprechende „Annahme als Erfüllung"[177]) erreicht werden.

So besteht zwischen diesen beiden Handlungen eine Beziehung ganz eigner Art: Die eine ergänzt die andere, zusammen ergeben sie den gemeinsamen Erfolg: Die Erfüllung. Damit zeichnet sich die „Übergabe" im Gegensatz zur Ablieferung durch stärkste Zweiseitigkeit aus, die uns zugleich ein ganz neues Bild von unserem Untersuchungsgegenstand vermittelt: Haben wir bisher die Übergabe nur vom Blickpunkt des Verkäufers aus gesehen, so erkennen wir sie nun als ein beide Parteien gleichmäßig umfassendes Geschehen. Käufer und Verkäufer tragen an ihm zu gleichen Teilen bei, und keiner kann seine Beteiligung versagen, ohne auch die des anderen erfolglos werden zu lassen. Rechtlich bedeutet das, daß die Annahme ein Teil der Übergabe ist wie die Übergabe ein Teil der Annahme. Das Wort „Übergabe" als Name für das Gesamtgeschehen spricht nicht gegen diese Feststellung. Auch die Bezeichnung „Annahme" wäre an und für sich möglich. Aus welchem Grunde der gesetzliche Name (Übergabe) jedoch die größere Berechtigung in sich trägt, wird noch zu erklären sein[178]). Wie die „Annahme" der beste Beweis für die Zweiseitigkeit der „Übergabe" ist, so nimmt sie als unmittelbar — nicht nur als letztes Ziel — auf die Vertragserfüllung gerichtete Handlung uns jeden Zweifel daran, daß es sich hier nicht um ein tatsächliches, sondern um ein Rechtsgeschehen handelt. Damit tritt einmal in aller Schärfe der eigentliche Wesensunterschied zur „Ablieferung" zu Tage, zum anderen aber auch eine neue Abgrenzung zum Parallel-Begriff der §§ 929 ff: Ist jener ein Realakt[179]), so erweist sich die „Übergabe" nunmehr als zweiseitiger Rechtsakt[180]).

---

176) „Angebot" bedeutet begrifflich immer weniger als „Leistung".
177) Darin liegt die Billigung als Vertragsleistung, nicht aber schon als eine völlig vertragsgemäße, insbesondere mangelfreie, sonst wäre die Bestimmung des § 464 überflüssig.
178) vgl. u. S. 37.
179) Wolff, § 11, I.

§ 10.

Sahen wir, wie das Willensmoment die „Übergabe“ über das Tatsächliche hinaus zu einem Rechtsakt erhebt, so müssen wir auch die nähere Bestimmung dieses Rechtsaktes von der Willensseite her anerkennen. Schon die bisherige Erörterung konnte die Annahme nahelegen, daß der auf Erfüllung gerichtete Wille von Verkäufen und Käufer rechtsgeschäftlicher Natur ist und sich infolgedessen die „Übergabe“ als Rechtsgeschäft darstellt. Dies finden wir bei näherer Betrachtung bestätigt. Denn die Erfüllungshandlungen der beiden Parteien führen den Erfolg — die Schuldtilgung — nicht allein auf Grund eines gesetzlichen Tatbestandes oder wie Oertmann[181]) meint, auf Grund „der realen Tatsache der Zweckerledigung durch den Leistungsakt“ herbei, sondern weil sie die beiderseitigen Willen zu erkennen geben, den Eintritt der Rechtsfolge auch zu wünschen. „Gibt“ der Verkäufer oder „nimmt“ der Käufer nicht aus dem abgeschlossenen Kauf, sondern bewußt zu einem anderen Zweck und gibt er dies zu erkennen, so kann von Erfüllung[182]) nicht mehr die Rede sein. Andererseits ist zu bemerken, daß der Erfüllungswille völlig ausreichend in dem äußeren Verhalten der Parteien zum Ausdruck kommt. Wie die Übergabehandlung des Verkäufers, nimmt auch die „Annahme“ die verschiedensten Formen an. So hat man in der Weiterlieferung der gekauften Ware an einen anderen Abnehmer[183]), in der Einkellerung oder Umfüllung gekauften Weines[184]), in der Ingebrauchnahme einer Maschine im Gegensatz zur bloßen Erprobung[185]) und überhaupt in jeder Verfügung über die Kaufsache im Sinne des Behaltenwollens[186]) mit Recht eine „Annahme als Erfüllung“ gesehen. In den beiden Mitwirkungshandlungen kann man die übereinstimmend auf Schuldtilgung gerichteten, wenn auch stillschweigenden Willenserklärungen von Käufer und Verkäufer erblicken. Demnach bestehen keine Bedenken, den gesamten Übergabeakt auch als V e r t r a g aufzufassen.

Hierbei muß man sich allerdings über die Rechtsgrundlage dieses Vertrages im klaren sein. Zunächst könnte die Übergabe als reine „Leistung“

---

180) so auch OLG 8, 390; RG in LZ 1917 Sp. 244.
181) § 362, 5 S. 369.
182) Das müssen auch die zugeben, die jeden Willen bei der Erfüllung leugnen so z. B. Oertmann, a. a. O.
183) Warneyer, Rspr. 1919 Nr. 102.
184) „Recht“ 04, 165, 730.
185) JW 04, 331.
186) LZ 1917, 6723.

die Vertragsnatur begründen. Daß eine Leistung — für sich genommen — Vertrag sein kann, steht außer Frage. Manche Leistungen sind es stets, z. B. jede Übereignung, manche nie, z. B. eine Dienstleistung oder die „Herstellung des versprochenen Werkes" im Sinne des § 631. Bestimmend sind allein Inhalt und Form der Leistung, nicht ihr Zweck. Die von ihrem jeweiligen Zweck losgelöste Übergabeleistung kann, wie oben[187]) ausgeführt, die mannigfaltigsten Formen annehmen. Alle diese Formen enthalten keinerlei Willenserklärungen, sie sind vielmehr Ausdrucksmöglichkeiten eines rein tatsächlichen Vorganges[188]). Als Vertrag kann daher die reine Übergabeleistung nicht angesehen werden.

Die „Übergabe" ist jedoch nicht nur bloße Leistung, sondern auch Erfüllungsgeschäft. Ein Unterschied zwischen beiden kann heute nicht mehr geleugnet werden, er ergibt sich schon aus § 362, I, wo es heißt: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird." Nicht irgendeine, sondern nur die geschuldete Leistung, soll danach zur Schuldtilgung führen, allein ihre Bewirkung ist Erfüllungsgeschäft[189]).

Ob eine Leistung die geschuldete ist oder nicht, läßt sich nicht allein nach objektiven Gesichtspunkten, sei es nach der „Tatbestandswirkung des Leistungserfolges"[190]), sei es nach dem Leistungszweck[191]) beurteilen. Man muß vielmehr auch den inneren Zusammenhang zwischen Schuld und Leistung berücksichtigen. Für diesen inneren Zusammenhang bildet der Wille des Schuldners den einzig geeigneten Maßstab, denn weder Zweck noch Erfolg sind ohne einen Willen denkbar. Er allein entscheidet, soweit die Schuldnerseite in Frage steht, über die Anrechnung des Geleisteten auf das Geschuldete. Ob diesem Willen, auch „Schuldtilgungsabsicht" genannt, stets oder nur bei bestimmten Leistungen ein entsprechender Erfüllungswille des Gläubigers gegenübersteht, mag für unsere Untersuchung außer Betracht bleiben[192]). Hinsichtlich der „Übergabe" konnten wir das jedenfalls bejahen, sie als echten Vertrag zwischen Verkäufer und

---

187) vgl. S. 2.

188) Bei den Römern hieß er: tradere, wir nennen ihn meist „Übergabe" von Hand zu Hand.

189) Eine Folgerung über die Rechtsnatur des Erfüllungsgeschäfts kann aus dieser Gesetzesstelle jedoch nicht entnommen werden.

190) so Planck-Strohal, § 362, 2, b.

191) so Oertmann, § 362, 5, b; im Ergebnis auch Böhmer, Erfüllungswille; Kretschmar, Erfüllung.

192) Wegen des Theorienstreits über die Rechtsnatur des Erfüllungsgeschäfts im allgemeinen vgl. Oertmann, § 362, 5, S. 367 ff. Die Möglichkeit eines Vertrages dürfte jedoch auf jeden Fall anzuerkennen sein.

Käufer bezeichnen, wofür das zwischen ihnen getätigte Erfüllungsgeschäft die Rechtsgrundlage bildet.

§ 11.

So sehr die Erklärung der „Übergabe" als Vertrag einleuchtet, hat es doch den Anschein, als ob wir uns damit in Widerspruch zur Bestimmung des § 433 befänden, wonach die Übergabe eine lediglich dem Ver-Verkäufer auferlegte Verpflichtung darstellt. Wie soll der Verkäufer diese Verpflichtung erfüllen, wenn nicht nur sein Handeln, sondern auch die Mitwirkung des Käufers notwendig ist? Kann der Verkäufer etwa den Käufer zur Mitwirkung und damit zur Erfüllung seiner eigenen, ihm diesem gegenüber obliegenden Pflicht zwingen?

Über die Beantwortung der zweiten Frage bestehen keine Zweifel. Die Mitwirkung des Käufers an der Übergabe erzwingen, also im Klagewege mit dem Ziel der Vollstreckung durchsetzen, könnte der Verkäufer nur, wenn er hierauf einen Anspruch hätte, was umgekehrt eine entsprechende Verpflichtung des Käufers voraussetzte. Eine solche Pflicht zur Mitwirkung an der „Übergabe", das ist zur „Annahme", besteht jedoch nicht. Das ist auch der Grund, warum der Gesamtakt den Namen „Übergabe" mit größerer Berechtigung trägt als ‚Annahme". Der Übergabe-Vertrag ist als Erfüllungsgeschäft somit ein einseitig-verpflichtender Vertrag. Das BGB kennt weder beim Kauf[193]) noch im übrigen Schuldrecht eine Verpflichtung, vielmehr stets nur ein Recht zur Annahme[194]). Ob der Käufer (Gläubiger) von diesem Recht Gebrauch macht, steht in seinem freien Belieben. Die Folgen der unberechtigten[195]) Nichtannahme regelt das Gesetz in eindeutiger Weise. Wichtig ist vor allem, daß — abweichend von der Regelung des § 446 — im Zeitpunkt des Annahmeverzuges auch die Gefahr auf den Käufer (Gläubiger) übergeht (§§ 300, II, 324, II). Hierdurch wie auch durch die anderen Bestimmungen des mit „Verzug des Gläubigers" überschriebenen Titels wird zwar ein rechtlicher Ausgleich für den Nachteil geschaffen, der dem Schuldner durch das Verhalten des Gläubigers erwächst, die Annahme selber bleibt aber unterblieben[196]). Das Gesetz gibt dem Gläubiger weder einen dahingehenden Anspruch, noch fingiert es die Annahme von sich aus.

193) auch beim Handelskauf gibt es keine Annahmepflicht.
194) Auch aus Treu und Glauben läßt sich eine solche Pflicht nicht herleiten.
195) vgl. Kohler in Iherings Jahrb. 17, 268.
196) Der Annahmeverzug endet, wenn der Gläubiger nachträglich die zur Annahme seinerseits erforderlichen Handlungen vornimmt, vgl. RG in JW 05, 13.

Der scheinbare Widerspruch tritt nun noch stärker zu Tage: einerseits ist die Mitwirkung des Käufers zur Bewirkung der Übergabe unerläßlich, andererseits gibt es für den Verkäufer keine rechtliche Handhabe, diese Mitwirkung zu erzwingen. Da das Gesetz jedoch nicht ausdrücklich den Verkäufer allein zur „Übergabe" verpflichten würde, wenn dieser die ihm auferlegte Verpflichtung nicht auch selbständig zu erfüllen in der Lage wäre, muß geprüft werden, ob der Begriff der „Übergabe" nicht noch eine zweite Auslegung gestattet. Diese Prüfung erscheint umsomehr geboten, als auch bei der Verpflichtung des Verkäufers, das Eigentum zu übertragen, eine ähnliche Situation besteht. Die Erfüllung der Übereignungspflicht setzt nämlich ebenfalls eine Mitwirkung[197]) des Käufers voraus, nämlich das „Einigsein" mit dem Verkäufer (Veräußerer) über den Übergang des dinglichen Rechts. Da die Einigung nichts anderes als ein Vertrag ist, dessen Zustandekommen von dem freien Willensentschluß beider Parteien, also auch des Käufers, abhängt, erklärt man die Übereignungspflicht schon dann erfüllt, wenn der Verkäufer mit der notwendigen Sorgfalt alle diejenigen rechtlichen Schritte getan, alle diejenigen Erklärungen abgegeben und Handlungen vorgenommen hat, „die zur Herbeiführung der dinglichen Rechtswirkung gesetzlich notwendig erfordert werden"[198]) (Verschaffungsprinzip)[199]).

Eine entsprechende Begrenzung der „Übergabe" auf diejenigen Handlungen, die von seiten des Verkäufers zur Herstellung des Übergabe-Erfolges notwendig sind, liegt auf der Hand. Sie widerspricht in keiner Weise der Vertragsnatur der Übergabe, sie fügt sich vielmehr durchaus in den Rahmen unserer bisherigen Feststellungen. Das, was wir als die Beteiligung oder die Mitwirkung des Verkäufers an dem gesamten Rechtsakt oder allgemein als „Geben" bezeichneten, kristallisiert sich nun als eine „Übergabe im engeren Sinne" heraus. Wir fallen damit nicht in die Vorstellung von der grundsätzlichen Einseitigkeit des Übergebens zurück, sondern wir sind uns bewußt, daß es sich hierbei um die Erklärung desjenigen Beitrags handelt, den das Gesetz vom Verkäufer zur Vollziehung seiner Übergabepflicht verlangt und auf den der Käufer einen Anspruch hat. Ebensowenig wie bei der „Annahme" kann auch hier eine

197) Diese Mitwirkung erfolgt nicht erst beim Erfüllungsgeschäft, sondern schon bei der Leistung selber.

198) v. Staudinger-Kober, § 433, Anm. 101. — So muß der Verkäufer z. B. beim Verkauf eines Grundstücks all das veranlassen, was den Käufer instandsetzt, seine Eintragung beim Grundbuchamt mit Erfolg zu beantragen.

199) Mot II, 213, 317.

allgemein gültige Definition, die alle möglichen Fälle umfaßt, gegeben werden. Den jeweiligen Umständen angepaßt, nimmt die „Übergabe i. e. S.“ oder „Übergabe-Handlung“, wie wir sie im Gegensatz zur „Übergabe im weiteren Sinne“ oder „Übergabe-Erfolg“ nennen wollen, die verschiedensten Ausdrucksformen an. So gehört z. B. bei Distanzgeschäften die Absendung der Ware und die Unterlassung von Kontreordres dazu. Mit der Versendung übernimmt der Verkäufer häufig die Aufgabe, das Transportmittel zu wählen und den geeigneten Frachtführer zu bestimmen. Weiter hat der Verkäufer die Ware üblicherweise ordnungsmäßig zu verpacken. Bei Massegütern gehört zur Übergabetätigkeit das Bereitstellen der gehörig geordneten Ware[200]), beim Verkauf eines Warenlagers die Mitwirkung[201]) zur Feststellung der Bestände und der Feststellung von Zahl, Maß und Gewicht.

Diese Unterscheidung zwischen Übergabeerfolg (Übergabe i. w. S.) und Übergabehandlung (Übergabe i. e. S.) findet auch im Gesetz eine wirksame Stütze. Während man nach der Fassung des § 433, I, 1 vielleicht noch an beide Möglichkeiten denken kann, an die Herstellung des vollen Erfolges wie an die Vornahme der notwendigen Handlungen, liegt der Vorschrift des § 446 jedenfalls nur der ganze, zweiseitige Rechtsakt zugrunde, d. h. die Gefahr geht erst im Augenblick des erreichten Übergabeerfolges (im Sinne der Erfüllung) auf den Käufer über. Das ergibt sich daraus, daß bei mangelnder Mitwirkung des Käufers, also bei Nichtannahme, die Gefahr nicht nach § 446, sondern nach den §§ 300, II, 324, II übergeht. Insofern kann man die „Übergabe i. e. S.“, die nur einen Teil der vollen Leistung darstellt, dem tatsächlichen Angebot des § 294 gleichstellen. Der Verkäufer, der das Seinige zur Herstellung des Erfolges getan hat, hat regelmäßig die Leistung „so, wie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten.“

So bezeichnet das Gesetz mit dem gleichen Namen einerseits den zweiseitigen Rechtsakt, den Vertrag, der durch die beiderseitigen, ihren übereinstimmenden Willen verkörpernden Handlungen von Verkäufer und Käufer zustande kommt und den Übergabeerfolg herstellt, andererseits die einseitige Handlung des Verkäufers, durch die er die ihm obliegende Verpflichtung vollzieht.

---

200) Warneyer, Rspr. 1912 Nr. 200.
201) KG in OLG 20, 167.

§ 12.

Mit der doppelten Deutung der kaufrechtlichen Übergabe als Vertrag und einseitige Handlung haben wir einerseits ein Ergebnis gewonnen, das die Abgrenzung der gleichlautenden Begriffe der §§ 433, 929 am klarsten zeigt und sind andererseits wieder zum Ausgangspunkt unserer Erörterung zurückgekehrt. Eine kurze Zusammenfassung mag uns dies vor Augen führen:

Gab uns der geschichtliche Rückblick zunächst ein Bild davon, welche Rolle das Übergeben einer Sache im römischen und germanischen Recht spielte und wie stark der sachenrechtliche Übergabebegriff des BGB von dieser geschichtlichen Entwicklung beeinflußt worden ist, so konnten wir aus ihr für den Gegenstand unserer Untersuchung nur negativ entnehmen, daß es eine besondere „Übergabe beim Kauf" nicht gegeben hat. Es blieb uns als Ausgangspunkt nur die Vorschrift des § 433, die für den Verkauf einer beweglichen Sache zweimal die „Übergabe" verlangt. Unbeschadet der Tatsache, daß beim Kaufgeschäft des täglichen Lebens grundsätzlich nur einmal „übergeben" wird, war doch die Frage zu beantworten, ob es sich hier um zwei gleichartige oder voneinander abweichende Rechtsbegriffe handelt, zumal das Aufeinanderfolgen der Übereignung und der Kaufübergabe durchaus nicht etwa nur eine theoretische Möglichkeit[202]) darstellt.

Die erste äußerliche Unterscheidung ergab sich aus der ungleichen Einordnung der „Übergabe" im obligatorischen und im dinglichen Vertrag: hier — „Verpflichtung", dort — „Tatbestandsmerkmal" der Eigentumsübertragung. Die Verpflichtung als Ausgangspunkt ließ uns nach der eigentlichen Vollziehung der kaufrechtlichen „Übergabe" fragen und hierbei den Maßstab festlegen, der im Rahmen des Kaufrechts an sie gelegt werden muß. Von diesem Maßstab aus, der „Erfüllung" heißt, konnten wir nun Zeitpunkt wie Art und Weise, in der zu „übergeben" ist, im einzelnen bestimmen.

Die den Inhalt des sachenrechtlichen Übergabebegriffes bildende „Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft" erkannten wir auch für den Kauf als ausreichend an, weil mit ihr „grundsätzlich auch der Übergabeerfolg im Sinne des § 433 hergestellt sein wird, da dieser Akt in aller

202) Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt bildet einen im täglichen Leben besonders häufig vorkommenden praktischen Fall: die Übergabe der Kaufsache — und damit auch der Gefahr — erfolgt zunächst, während das Eigentum bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises beim Verkäufer verbleibt. vgl. auch RG 85, 321.

Regel in die angestrebte Erfüllung einmündet"[203]). Ist dieser Erfolg, so stellten wir fest, auf Grund der tatsächlichen Lage schon beim Kaufabschluß vorhanden, wie in den Fällen der §§ 854, II, 929, 1, so entfällt die „Übergabe" überhaupt.

Bei der weiteren Erörterung der Vollziehung der „Übergabe" hatten wir uns mit dem Problem zu befassen, ob auch die Akte der §§ 930, 931 sowie die Übergabe kaufmännischer Dispositionspapiere die Erfüllung der Verpflichtung aus § 433 bewirken und kamen dabei zu folgenden Ergebnissen:

Die Verschaffung mittelbaren Besitzes an der Kaufsache wird vom Gesetz für keineswegs ausreichend angesehen, den Erfüllungserfolg herbeizuführen[204]). Das zeigt besonders deutlich der der Regelung des § 446 zugrunde liegenden Rechtsgedanke[205]). Ebensowenig kann — im Gegensatz zur Übergabe kaufmännischer Dispositionspapiere bei einem dergestalt vereinbarten Kauf[206]) — in der Verabredung eines Besitzkonstituts oder in der Abtretung des Herausgabeanspruchs zum Zwecke der Übereignung ein regelmäßiger Erlaß der „Übergabe" erblickt werden, wie das von einer im Schrifttum stark vertretenen Meinung behauptet wird. Eine grundsätzliche „Ersatzübergabe" scheidet daher für den Kauf aus[207]). Wohl aber haben die Parteien, entsprechend dem Prinzip der „Vertragsfreiheit", die Möglichkeit, die Übergabeverpflichtung abzuändern oder ganz auszuschließen. Ein dahingehender Wille braucht nicht immer ausdrücklich erklärt zu werden. Beim Konstitut ergeht die Entscheidung über das Vorhandensein eines Verzichtswillens nach der jeweiligen, sich aus der Art des verabredeten Rechtsverhältnisses, ergebenden Interessenlage[208]). Auch bei der Anspruchsabtretung wird es mangels besonderer Erklärungen auf das etwa bestehende Interesse ankommen, es wird jedoch nur dann zu bejahen sein, wenn der erkennbare Anreiz des Kaufens für den Käufer in erster Linie der Rechtserwerb bildet. Soweit ein Verzicht bei einem dieser Akte angenommen werden kann, geht die Gefahr mit der betreffenden an die Stelle der „Übergabe" tretenden Erfüllungshandlung auf den Käufer über[209]).

203) vgl. S. 9.
204) vgl. S. 13 ff.
205) vgl. S. 14—16.
206) vgl. S. 19.
207) vgl. S. 24.
208) vgl. S. 25.
209) vgl. S. 25 ff.

Daß die „Übergabe" scharf von der „Ablieferung" geschieden werden muß, ergab unsere Betrachtung im Anschluß an die Vorschrift des § 477, I, 1. Während die „Ablieferung" — entsprechend der „Abnahme" — einen rein tatsächlichen und rein einseitigen Akt des Verkäufers darstellt[210]), durch den er den Käufer die Ware zur Verfügung stellt und ihm den jederzeitigen Zugriff ermöglicht, ist die „Übergabe" — auch im Gegensatz zum Realakt des § 929 — ein Rechtsakt[211]). Zu seiner Durchführung bedarf es der tatsächlichen und rechtlichen Mitwirkung des Käufers, der „Annahme", durch die dieser, ebenso wie der Verkäufer durch seine Handlung, seinen Willen erklärt, den Erfüllungserfolg herbeizuführen. Die Rechtsnatur der „Übergabe" charakterisiert sich somit als zweiseitiges Rechtsgeschäft, als Vertrag [212]), der seine Rechtsgrundlage in dem von beiden Parteien getätigten „Erfüllungsgeschäft" hat[213]). Dieser Vertrag (Übergabe im weiteren Sinne) trägt ebenso wie die einen Teil davon bildende Handlung des Verkäufers (Übergabe im engeren Sinne), deren Vollziehung ihm als Verpflichtung obliegt, den gesetzlichen Namen „Übergabe". Übergabe-Handlung und „Anahme als Erfüllung" bilden den Vertrag und bewirken gemeinsam den Erfüllungserfolg.

Wollten wir dieses Ergebnis auf eine kurze Formel bringen, so könnten wir sagen: (Übergabe[214]) + Annahme[215]) = „Übergabe"[216]).

Damit ist der Ausgangspunkt („Verpflichtung") wieder erreicht und berührt sich in einem Geschehen mit dem Ziel und Ergebnis der Untersuchung: der Erfüllung durch Übergabe.

---

210) vgl. S. 32.
211) vgl. S. 34.
212) vgl. S. 35 ff.
213) vgl. S. 36, 37.
214) im engeren Sinne.
215) zusammengenommen: Vertrag.
216) im weiteren Sinne: Erfüllungserfolg.